Zur Auslegung des § 371 des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde,

einer hohen juristischen Fakultät der **Universität Rostock**

vorgelegt von

Georg Marx
Referendar a. D.
aus Halle a. S.

Halle a. S.
Heynemannsche Buchdruckerei (Gebr. Wolff)
1911.

Berichterstatter:
Professor Dr. Matthiaß.

Dem Andenken meines Vaters.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551525_0078

Literaturverzeichnis.

Apt: Die Pflicht zur Urkundenedition. 2. Aufl., Berlin 1892.

Bähr: Anerkennung als Verpflichtungsgrund. 3. Aufl. Leipzig 1899.

— Urteile des Reichsgerichts. 1883.

Breuer: Das Zurückbehaltungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs von 1904.

Biermann: Sachenrecht. 2. Aufl. 1903.

Collatz: Zur Lehre vom Schuldversprechen usw. in Iherings Jahrb., Bd. 40, S. 127 ff.

Cosack: Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts. 5. Aufl. Jena 1909.

Dernburg: Preußisches Privatrecht. 2. Aufl. 1880.

— Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. 1902.

Dilloo: Die Quittung im Recht und Verkehr. Berlin 1895.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8. Aufl. 1903.

Enneccerus-Kipp: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 4. u. 5. Aufl.

Entscheidungen des Reichsgerichts und Oberlandesgerichts (Mugdan).

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch. 7. Aufl. 1906.

Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch. Berlin 1905. 2. Aufl.

Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.

— I. A.: Lehre von der Zahlung der Geldschuld.

Hedemann: Das Recht auf Rückgabe des Schuldscheins. In Iherings Jahrb. Bd. 48, S. 43 ff.

Helmers: Eine Erläuterung des § 952 BGB. Jena 1909.

Köppen: Vertragsschluß durch Unterschrift und durch Urkundenbegebung. Greifswald 1901.

Koch: Kommentar zum Allgemeinen Landrecht.

Matthiaß: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 5. Aufl. Berlin 1910.

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1888.

Möller-Holtkamp: Die Quittung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Rostock 1904.
Neumann: Jahrbuch des Deutschen Rechts.
— Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches. 4. Aufl.
Oertmann: Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1906.
Planck: Bürgerliches Gesetzbuch. 3. Aufl. 1906.
Pfitzer: Anti Seuffert und der Geist des Rechts und der Buchstabe des Gesetzes. Leipzig 1892.
Rathjens: Quittung und Mortifikationsschein für Schuldscheine nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Rostock 1906.
Rauth: Der Inhalt des § 952 BGB. Leipzig 1906.
Rehbein: Entscheidung des Obertribunals.
— Das Bürgerliche Gesetzbuch. 1902.
Pöschel: § 952 des BGB. Leipzig 1907.
Schollmeyer: Kommentar zum BGB. Recht der Schuldverhältnisse. München 1900.
Schöne: Die Neuregelung der dinglichen Rechtsverhältnisse am Schuldschein nach § 952 Abs. 1 BGB. gegenüber dem gemeinen Recht. Freiburg 1904.
Schlegelberger: Das Zurückbehaltungsrecht. Jena 1904.
Seufferts Archiv.
Scherer: Das Recht der Schuldverhältnisse. Erlangen 1899.
Sürder: Der Eigentumserwerb am Schuldschein. Rostock 1902.
Striethorst Archiv.
Staudinger: Kommentar zum BGB. 5. u. 6. Aufl. München 1910.
Stammler: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin 1897.
Siegel: Die Vorlegung von Urkunden im Prozeß. Jena 1904.
Strohal: Das Sparkassenbuch im Sachenrecht. Im Recht 1906, S. 158.
Wellmann: Der Schuldschein nach getilgter Schuld. Jena 1909.
Windscheidt-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts. 9. Aufl. Frankfurt 1906.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1897.
Deutsche Juristenzeitung.

Disposition.

Seite

Einleitung: Ist der Schutz des Schuldners bei einer Forderung, über die ein Schuldschein ausgestellt ist, nach bürgerlichem Recht äquivalent dem Schutz des Gläubigers geregelt? 1

I. Wesen des Schuldscheins 3

II. Beziehung des Schuldscheins zur Forderung . . 6

III. Rechtsnatur des Anspruchs aus § 371 10

a) Kein Eigentumsanspruch 10

b) Keine actio ad exhibendum 16

c) Kein Bereicherungsanspruch 17

sondern

d) *selbständiger obligatorischer Anspruch* . . . 19

IV. Entstehung des Anspruchs 20

a) nicht aus der Erfüllung 20

b) dagegen aus der *zugrunde liegenden Obligation* 22

Beweis:

1. Zurückbehaltungsrecht 22
2. Anerkennung von zu vertretenden Umständen bei Unmöglichkeit der Leistung 32
3. Analogie mit Pfandrecht und Rückforderungsrecht der Vollmachtsurkunde 33
4. Einreihung unter den Titel „Erfüllung“ . . 37
5. Zweck des Paragraphen 40
6. Treu und Glauben 48

c) Vorteile unserer Theorie 50

Seite

V. Subjekte des Rückforderungsanspruchs 52
a) Aktivlegitimation und Abtretbarkeit des Anspruchs 52
b) Passivlegitimation 55
Pfandrecht 62
Zurückbehaltungsrecht 63

VI. Unmöglichkeit der Leistung 64
a) Voraussetzung des Surrogatanspruchs 64
b) Sein Verhältnis zu Absatz 1 68
nur kumulativ 69
keine Alternativobligation 72
keine facultas alternativa 72

VII. Aktiv- und Passivlegitimation des Surrogatanspruchs 73

VIII. Prozessuale Durchführung des Rückforderungsanspruchs und des Anspruchs auf Anerkenntnis . 74

IX. Sachliche Ausdehnung beider Ansprüche auf Erfüllungssurrogate und bei Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts 77

X. Besonders geartete Fälle 80

Schluß: Schutz des Schuldners ist durch § 371 in gerechter Weise gewahrt 85

Einleitung.

Wird bei einem Schuldverhältnis vom Schuldner dem Gläubiger ein Schuldschein ausgestellt, so bedürfen die rechtlichen Beziehungen des Gläubigers und des Schuldners zum Schuldschein der gesetzlichen Regelung.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat in den §§ 952 und 371 besondere Bestimmungen getroffen.

§ 952 besagt:

> Das Eigentum an dem über eine Forderung ausgestellten Schuldscheine steht dem Gläubiger zu. Das Recht eines Dritten an der Forderung erstreckt sich auf den Schuldschein.
>
> Das gleiche gilt für Urkunden über andere Rechte, kraft deren eine Leistung gefordert werden kann, insbesondere für Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenbriefe.

§ 371 lautet:

> Ist über die Forderung ein Schuldschein ausgestellt worden, so kann der Schuldner neben der Quittung Rückgabe des Schuldscheins verlangen. Behauptet der Gläubiger, zur Rückgabe außerstande zu sein, so kann der Schuldner das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis verlangen, daß die Schuld erloschen sei.

Der § 952 hat als Ergebnis einer längeren Entwicklung dem Gläubiger das Eigentum am Schuldschein zugesprochen und so einen gesetzlichen Eigentumsübergang, ohne Einigung und Übergabe, konstruiert. Es bedarf für den Eigentumserwerb am Schuldschein weder der Übergabe, noch der Einigung über den Eigentumsübergang, sondern der jeweilige Gläubiger wird mit der rechtsgültigen Entstehung des Forde-

rungsrechts Eigentümer des Schuldscheins, der erste Gläubiger mit der Ausstellung des Scheines, die ferneren mit der erfolgten Zession oder der den Forderungsübergang begründenden Tatsache. Es ist für den Übergang des Eigentums am Schuldschein auf den Gläubiger auch gleichgültig, wer der Stoffeigentümer bisher gewesen war, oder wer die durch das Beschreiben der Oberfläche des Schuldscheins herbeigeführte Spezifikation vorgenommen hat. Als Ausfluß der wesentlichsten Machtbefugnisse des Eigentümers kann der Gläubiger den ihm abhanden gekommenen, gestohlenen oder überhaupt sich in der Hand eines Dritten befindlichen Schuldschein vindizieren und andererseits jeden Dritten von der Einwirkung auf den Schuldschein ausschließen.

Daß das Bürgerliche Gesetzbuch dem Gläubiger das Eigentum am Schuldschein verliehen hat, bedeutet gegenüber dem gemeinen und allgemeinen Landrecht, das den Schuldschein als Pertinenz zur Forderung ansah, einen wesentlichen Fortschritt, der den Schutz des Gläubigers in sicherster Weise gewährleistet.

Ob die Rechte des Schuldners am Schuldschein einen ebensolchen ausgedehnten Schutz genießen als die Rechte des Gläubigers, kann bei oberflächlicher Betrachtung des § 371 zweifelhaft erscheinen.

Solange die Forderung ungetilgt bleibt, liegt es auf der Hand, der Interessen des Gläubigers eingehender zu gedenken, weil ihm der Schuldschein zum Beweise der Forderung dient. Jedoch im Momente der Tilgung der Schuld sind die Interessen die umgekehrten. Der Schuldner allein hat Interesse daran, den Schuldschein wieder in seine Hände zu bekommen, einmal, um ebenfalls ein Beweismittel für die Tilgung bereit zu haben, in zweiter Linie aber auch, um der Gefahr einer nochmaligen Einforderung vorzubeugen.

Der § 371 hat den Rückgabeanspruch des Schuldscheins nur als einen obligatorischen Anspruch konstruiert, dem Schuldner nicht, wie dem Gläubiger, einen absoluten Anspruch gegeben.

Ob dadurch nicht die ebenso schutzwerten Interessen des

Schuldners gegenüber denen des Gläubigers hintangesetzt werden, erhellt nicht auf den ersten Augenblick, namentlich nicht für die Fälle, in denen der Gläubiger über den Schuldschein verfügt hat. Da das Gesetz die Frage ungelöst läßt, auf welchem Rechtsgrunde dieser Rückgabeanspruch beruht, ob auf dem zugrundeliegenden Schuldverhältnis oder auf der Tatsache der Erfüllung, so bleibt die Frage offen, von welchem Zeitpunkte an, vom Vertragsschluß oder vom Momente der Erfüllung an, man die obligatorische Haftung für Schaden eintreten lassen will.

Die Beantwortung dieser Frage ist von großer Bedeutung. Denn im ersteren Falle haftet der Gläubiger, der über den Schuldschein verfügt hat, für Schaden, der durch eine zweite unrechtmäßige, gutgläubige oder bösgläubige Benutzung des Schuldscheins dem Schuldner zugefügt wird, von Eingehung des Vertrages an, im anderen Falle erst von der Erfüllung an; bleibt also für die Zeit vom Vertragsschluß bis zur Erfüllung für eine Verfügung über den Schuldschein wegen des später eingetretenen Schadens haftfrei.

Es soll daher die Aufgabe dieser Untersuchung sein, nach dem Rechtsgrunde dieses Rückforderungsanspruches zu forschen, auch den Grund und das Verhältnis des in Satz 2 des § 371 dem Schuldner gewährten Anspruchs auf das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis, daß die Schuld erloschen sei, zum Rückforderungsanspruch klarzulegen, sowie Aktiv- und Passivlegitimation, Abtretung und Vererbung beider Ansprüche zu erörtern.

Doch ist es erforderlich, vor Erledigung dieser Frage einiges über das Wesen des Schuldscheins und seine Beziehung zur Forderung zu sagen.

I. Wesen des Schuldscheins.

§ 371 spricht von einem über die Forderung ausgestellten Schuldschein, er zeichnet also von vornherein eine enge Grenze. Zunächst fallen alle Bescheinigungen und Aufzeichnungen über

familienrechtliche und erbrechtliche Verhältnisse (z. B. Testament, Erbschein, Testamentsvollstreckerzeugnis) sowie über andere Tatsachen, z. B. die Quittung, Urkunden über Aufrechnung, Erlaß, Abtretung aus dem Rahmen unserer Betrachtung. Ebensowenig gehören die speziell im § 952 genannten Urkunden über sachenrechtliche Vorgänge, wie der Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenbrief, hierher. Nur der über eine Forderung ausgestellte Schuldschein kommt in Betracht. Vorausgesetzt ist aber selbstverständlich das Bestehen einer Forderung, so daß Schuldscheine über nichtige und anfechtbare Verträge, Schuldscheine über Spiel- und Wettschulden, die keine Verbindlichkeiten im rechtlichen Sinne darstellen, nicht als Schuldscheine gelten können. Vorausgesetzt muß ferner für die Gültigkeit der Schuldurkunde werden die Geschäftsfähigkeit der ausstellenden Person oder bei Beschränkung der Geschäftsfähigkeit die zur Ausstellung erforderliche Zustimmung (Einwilligung oder Genehmigung).

Als wesentlichstes Erfordernis muß der Schuldschein schließlich noch irgendwelche Anzeichen enthalten, die darauf hinweisen, daß die vom Schuldner aufgesetzte Urkunde ein Beweismittel für das Bestehen der Schuld darstellen solle.[1])

Was das Gesetz unter dem „Ausstellen" eines Schuldscheines versteht, ist in der Literatur im allgemeinen nicht streitig. „Als ausgestellt wird ein Schuldschein gelten dürfen, wenn er vom Schuldner unterschrieben ist, vorausgesetzt, daß das Gläubigerrecht bereits entstanden ist. Begebung ist nicht nötig." [2])

Die Ansicht von Pöschel, der einen sogenannten Widmungsvertrag zwischen Gläubiger und Schuldner hergestellt wissen will, hat mit Ausnahme von Rauth (S. 12) keine Anhänger gefunden. Der Sprachgebrauch und die Bedeutung von „ausstellen" sowie die in § 793 BGB. anerkannte Festlegung des Begriffs sprechen gegen Pöschels Ansicht. Da der Schuldschein als eine Urkunde über die Schuld lediglich

[1]) Vgl. Planck, Bd. 3, S. 257.

[2]) Staudinger, Anm. 1a zu § 952; in demselben Sinne auch Planck zu § 952; Biermann, Anm. 1 zu § 952; Sürder, S. 24.

Beweiszwecken dient, die Begründung der Forderung nicht herbeiführt, andererseits aber nicht selbständig Träger des verbrieften Rechtes ist, so ergibt sich eine Scheidung einerseits von den rechtsbegründenden sogenannten Dispositivurkunden, andererseits von den Wertpapieren. Zu den Wertpapieren gehört der Schuldschein zweifellos nicht, denn die Forderung kann jederzeit auch ohne den Schuldschein eingezogen werden.

Daß dem Schuldschein unter Umständen der Charakter einer dispositiven Urkunde zukommen kann, ist ohne weiteres anzuerkennen; es liegt dann ein Schuldanerkenntnis oder ein Schuldversprechen im Sinne der §§ 780, 781 BGB. vor. Es wird der jeweilige Parteiwille zu erforschen sein, wann die Voraussetzungen eines solchen Schuldanerkenntnisses oder Schuldversprechens gegeben sind. Im allgemeinen stellt der Schuldschein nur eine Beweisurkunde dar. So steht auch jetzt noch, trotz des Bahnbrechers auf dem Gebiete des Anerkenntnisvertrages O. Bähr, die herrschende Lehre.[1])

Der praktische Unterschied zwischen der reinen Schuldurkunde und dem abstrakten Schuldvertrag liegt darin, daß im Prozeß schon der abstrakte Schuldvertrag in der Urkunde eine genügende Grundlage für die Klage abgibt, so daß der Gläubiger genötigt ist, die Substanziierungs- und Beweispflicht zu übernehmen, während die Schuldurkunde als Beweismittel nur den Wert eines außergerichtlichen Geständnisses hat.

Für unsere Erörterung ist die Untersuchung, wann reiner Schuldschein, wann selbständig verpflichtendes Anerkenntnis oder Schuldversprechen vorliegt, insofern von Bedeutung, als beide Arten von Urkunden dem Rückforderungsrecht unterliegen. Bei der Ausstellung einer Anerkenntnisurkunde ist jedoch für den Schuldner die Gefahr einer zweiten Einforderung deshalb viel größer, weil eben die Urkunde selbst den Klagegrund bildet.

Wie schon oben bemerkt, fallen die vollkommenen Wertpapiere, wie Inhaber Rekta-Ordre-Papiere nicht unter § 371.

[1]) Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. Vgl. bei Oertmann Anm. 4 zur Vorbem. zu § 780; auch R. G. bei Seuffert, Bd. 48, Nr. 23, S. 32; Schollmeyer, Vorbem zu § 780.

Jedoch können die sogenannten Legitimationspapiere, bei denen der Charakter des Wertpapiers zwar insofern erhalten ist, als der Besitz des Papiers zur Ausübung des verbrieften Rechts erforderlich ist, die aber immerhin auch nur dem einseitigen Interesse des ausstellenden Teils dienen, um diesem die Legitimationsprüfung zu erleichtern, wie Sparkassenbücher, Versicherungspolicen, Depotscheine von dem Bereiche des § 371 deshalb nicht ausgeschlossen werden, weil sie wegen der Übertragbarkeit des Gläubigerrechts nach materiellrechtlichen Grundsätzen ihrem Grunde nach doch nur Schuldurkunden sind.

Ihre Rückgabe oder ein eventueller Schadensersatzanspruch können aber deswegen kaum in Betracht kommen, weil die Forderung nie anders als durch Präsentation des betreffenden Papiers eingezogen werden kann.

Nach allem werden wir den Schuldschein, den der Schuldner nach Tilgung der Schuld zurückzufordern berechtigt ist, mit Planck S. 210 dahin definieren können; „Schuldschein im Sinne des § 371 BGB. ist jede über eine Forderung ausgestellte Urkunde, mag sie nun zum Beweise der Forderung dienen oder zur Entstehung oder zur Geltendmachung der Forderung erforderlich sein, soweit nur der Forderung eine von der Urkunde selbständige Existenz zukommt."

II. Beziehung des Schuldscheins zur Forderung.

Die selbständige Existenz der Urkunde der Forderung gegenüber hat jedoch nur die Bedeutung, daß die Urkunde nicht fähig ist, selbständig, d. h. unabhängig von der Forderung Träger des Rechts zu sein, im übrigen hat das Gesetz dem Verhältnis zwischen Forderung und Urkunde in der Weise Rechnung getragen, daß es in § 952 dem Gläubiger das Eigentum am Schuldschein zugewiesen hat.

Während die Wertpapiere das verbriefte Recht verkörpern, das Gläubigerrecht also dem Papiere folgt, so verhält es sich

umgekehrt bei der Schuldurkunde. Hier folgt das Papier dem Gläubigerrecht. Die Verbindung zwischen Urkunde und Forderung ist erst auf dem Wege allmählicher Entwicklung und aus dem die Gläubigerinteressen zu schützenden Bedürfnis eine so enge geworden, daß der Gläubiger Eigentümer der Schuldurkunde ist. Das römische Recht sah eigentümlicherweise, obwohl es den Schuldschein als Beweismittel bewertete, bei einer Veräußerung der Schuldurkunde ohne Forderungsrecht ipso jure das Forderungsrecht als mitübertragbar an, vgl. z. B. 1, 44 § 5 delegatis I; eum, qui chirographum legat, debitum legare non solum tabulas, argumento est venditio; nam cum chirographa veneunt nomen veniisse videtur.

Man wird trotz dieser Digestenstelle nicht zu der Annahme berechtigt sein können, daß die Römer dem Schuldschein Wertpapiersnatur beimaßen.

Auch das gemeine Recht und allgemeine Landrecht hatte Beziehungen zwischen Urkunde und Forderung anerkannt und die Regeln über Pertinenzen auf Forderungen und Schuldscheine ausgedehnt, ja sogar sie Pertinenzen genannt.[1])

Der Begriff der Pertinenz im Gemeinen und Allgemeinen Landrecht ist im wesentlichen mit dem des BGB. identisch. Auch hier sind Zubehörungen solche Sachen, die ohne Bestandteil der Hauptsache zu sein, zu einer anderen Sache in solchem Verhältnis stehen, daß sie nach der Verkehrsanschauung als in dieser begriffen angesehen werden (Windscheid, P. § 143).

Daß der enge wirtschaftliche Zusammenhang zwischen dem Schuldschein und der Forderung dazu aufforderte, die Vorschriften über Pertinenzen auf beide anzuwenden und die Schuldurkunde als ein Annex der Forderung anzusehen, lag nahe, berechtigte aber nicht zur Benennung als Pertinenz, da ein Zubehör nur zwischen Sache und Sache, nicht zwischen Sache und Recht bestehen kann.

Auch Kohler weist darauf hin, daß man mit juristischer Korrektheit nicht von Pertinenzen sprechen könne, da der

[1]) Vgl. Dernburg, Pr. Privatrecht Bd. II, § 84, Anm. 2; ERG. Bd. 21, S. 364; Kohler im Jahrb. f. Dogm. Bd. 26, S. 124, 126; Pfizer, S. 219.

faktische Sachzusammenhang fehle. Eine richtigere Bezeichnung wäre nach ihm Haupt- und Hilfsrecht. Die Behandlung des Schuldscheins als Pertinenz nötigte dazu, sowohl bei Begründung der Forderung als bei der Übertragung dem Gläubiger gewisse Rechte auf die Urkunde zu sichern, die sich nicht als Eigentum, sondern als Exhibitionspflicht darstellten. Das Eigentum am Schuldschein blieb bei dem Schuldner, und der Gläubiger erhielt nicht das Eigentum, sondern nur den Anspruch aus dem Rechte des Schuldners auf Herausgabe des in der Hand eines Dritten befindlichen Schuldscheins zu klagen. Diesem Übelstande hat das BGB. abgeholfen, indem es Eigentum für den Gläubiger schuf.

Auch die Vorschrift des BGB. fußt auf dem im gemeinen Recht und allgemeinen Landrecht festgehaltenen Prinzip, daß die Urkunde dem Gläubigerrecht folgen müsse.

Der § 952 ist im dritten Titel des dritten Abschnitts des dritten Buches, der über den Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglichen Sachen handelt, unter der Rubrik 3 „Verbindung, Vermischung, Verarbeitung“ behandelt.

Die Stellung des § 952 unter die Rubrik „Verbindung etc.“ scheint auf den ersten Augenblick sehr willkürlich zu sein. Und doch besteht in mancher Hinsicht ein enger, innerer Zusammenhang. Zunächst wird durch das Beschreiben des Blattes Papier aus zwei Stoffen, aus der Tinte und dem benutzten Papier eine neue Sache hergestellt, deren Eigentumsverhältnisse der Regelung bedürfen. Nach § 950 Abs. 2 liegt in dem Beschreiben der Oberfläche eines Stückes Papier oder einer anderen beweglichen Sache eine Verarbeitung, so daß im allgemeinen die Grundsätze über Spezifikation Anwendung finden müßten, d. h. der Hersteller der Urkunde müßte Eigentümer derselben werden, sofern nicht der Wert der Verarbeitung erheblich geringer ist als der Wert des Stoffes.

Aber das BGB. hat hiervon beim Schuldschein eine Ausnahme konstatiert, indem es das Eigentum an der Urkunde dem Gläubiger zuschreibt, ohne Rücksicht darauf wessen Tinte und Papier es waren, und wer die Urkunde herstellte. Würde schon die erwähnte Spezifikation die Stellung des

§ 952 unter die genannte Rubrik rechtfertigen, so ist dies doch nicht der einzige und ausschlaggebende Gesichtspunkt gewesen. Es ist vielmehr die schon zuvor erwähnte enge Zusammengehörigkeit des Gläubigerrechts mit dem Scheine geeignet, dem § 952 seine jetzige Stellung zu sichern.

Die Verbindung soll als eine so feste dargestellt werden, daß eine Trennung wirtschaftlich unzweckmäßig sein würde. So weist auch Planck Bd. II, S. 210 mit Recht auf diesen Zusammenhang hin, „die Vorschriften des § 952 fallen aus dem Rahmen des Unterabschnitts heraus; nur insofern besteht eine gewisse Gemeinsamkeit, als auch hier die getroffene Regelung der dinglichen Rechtsverhältnisse auf die wirtschaftliche Unzweckmäßigkeit einer Trennung der Urkunde von dem durch sie verbrieften Recht beruht.“ Nicht zu billigen ist die Ansicht von Enneccerus, Bd. I, S. 89; „es handelt sich bei dem Eigentumserwerb nicht um eine Verbindung von Sachen, sondern von Rechten.“ Auch Goldmann-Lilienthal erkennt die enge Beziehung zwischen Urkunde und Recht an. Er ist der Meinung, die Vorschriften des § 952 beruhten auf dem in § 93 und § 947 Abs. 2 enthaltenen Prinzip. Es sei also die Urkunde als wesentlicher, d. h. unselbständiger Bestandteil der Forderung zu betrachten, der die Hauptsache bildete. Eine Trennung des Scheines von dem Rechte könne nicht stattfinden, ohne daß der Schein in seinem Wesen als Schuldschein verändert würde.

Wenn auch diese Ausführungen vieles Richtige enthalten, so treffen sie doch nicht den Kern.

Wir müssen vielmehr die Grundprinzipien, die für die Regelung der Eigentumsverhältnisse bei dem Unterabschnitt „Verbindung, Vermischung, Verarbeitung“ maßgebend gewesen sind, erforschen, um zu einem richtigen Resultate zu gelangen. Dabei werden wir erkennen, daß stets das wertvollere Recht aus Gründen wirtschaftlicher Zweckmäßigkeit das minderwertvolle absorbiert. Dieser generelle Rechtsgedanke, der die ganze Gruppe zusammenhält, liegt auch dem § 952 zugrunde.[1])

[1]) Pöschel, S. 8; vgl. auch Matthiaß, S. 465, § 166; Helmers, S. 11.

Diese vorzüglichen Ausführungen Pöschels treffen allein den richtigen Gesichtspunkt. Bei näherer Untersuchung finden wir denn auch die Pöschelsche Ansicht vollkommen bestätigt. Bei Verbindung, Vermischung siegt Eigentum über Eigentum. Bei der Verarbeitung wird allein der geistige Urheber der neuen Sache mit dem Eigentum belohnt; und so folgt bei dem § 952 das Sachenrecht dem in diesem Falle stärkeren obligatorischen Rechte, dem Gläubigerrechte.

Wer Gläubiger der Forderung ist, ist Eigentümer der Urkunde, mag sie vorher dem Schuldner, dem Gläubiger oder einem Dritten gehört haben. Es handelt sich in § 952 um einen gesetzlichen, und zwar originären Eigentumserwerb, so daß der Eigentumsübergang sich ohne Einigung und Übergabe unmittelbar kraft Gesetzes vollzieht, so daß also auch im Momente der Abtretung der Forderung der Eigentumsübergang auf den Zessionar wirksam vollzogen ist. Die weitgehenden Konsequenzen bedürfen hier keiner ausführlichen Erörterung. Nur soviel sei erwähnt, daß die Vorschriften der §§ 929 ff., die Vorschriften über Erwerb im guten Glauben, über Eigentumsvermutung nach § 1006 BGB. keine Anwendung finden können.

III. Rechtsnatur des Anspruchs aus § 371.

a) Kein Eigentumsanspruch.

Wenn § 952 bestimmt, das Eigentum an dem über eine Forderung ausgestellten Schuldscheine steht dem Gläubiger zu, so liegt es nahe und erscheint fast als logische Konsequenz bei Erlöschen der Forderung, also beim Fehlen eines Gläubigerrechts, dem Gläubiger das Eigentum am Schuldschein zu nehmen. Er ist ja zweifellos nicht mehr Gläubiger, also, so argumentiert man, kann er, da das Eigentum am Schuldschein nur mit dem Gläubigerrechte verbunden war, nicht mehr der Eigentümer sein. Wem soll aber dann der Schuldschein zu eigen gehören? Ist er etwa eine res nullius? Oder soll dem

Schuldner ipso jure mit dem Erlöschen der Forderung das Eigentumsrecht zufallen, wie es beim Entstehen der Forderung kraft Gesetzes dem Gläubiger zusteht?

Man hat vielfach diese Theorie des gesetzlichen Eigentumserwerbs des Schuldners aufgestellt. Wenn sie richtig wäre, wäre ja dem Schuldner am besten gedient. Denn das unmittelbar gegen Dritte wirkende, absolute dingliche Recht sichert ihm ohne weiteres bei Erfüllung der obligatio den Schuldschein, gibt ihm ipso jure, da ja das Eigentum unmittelbar kraft Gesetzes einträte, einen Schadenersatzanspruch bei zu Unrecht erfolgter Zahlung. Vertreter dieser Theorie des gesetzlichen Eigentumserwerbs für den Schuldner sind Siegel, Rauth, Rehbein.[1])

Die Beweisführung der Anhänger dieser Theorie ist folgende:

Der einzige Grund, der die Aufstellung einer gesonderten Norm für die Eigentumsverhältnisse am Schuldschein gerechtfertigt habe, sei das Bestehen der Forderung gewesen. Mit deren Wegfall sei es „eine unabweisbare Folgerung aus § 952", daß dem Schuldner das Eigentum zustehe. Die Bedenken, die dagegen erhoben werden können, weshalb der Schuldschein dann nicht eine res nullius bleibe, beseitigen die Verfechter dieser Ansicht damit, daß sie behaupten, das Eigentum am Schuldschein sei während des Bestehens der Forderung durch das Gläubigereigentum nur zurückgedrängt worden und lebe nach Beendigung des Forderungsrechts, nach Tilgung der Schuld wieder auf. So Rauth, S. 69, „denn die Tilgung der Forderung macht nicht nur den Eigentumserwerbsgrund für den Gläubiger, sondern auch den Eigentumsverlustgrund für den Schuldner rückgängig."

Wenn von der gegnerischen Ansicht darauf hingewiesen wird, auf welche Weise das Bestehen des § 371 zu rechtfertigen sei, so wird z. B. von Rauth angeführt, daß ja nur von Rückgabe die Rede sei; darunter könne das Gesetz aber zweifellos keine Rückübereignung verstehen, wie ein Hinweis auf § 433

[1]) Rauth, S. 69, 70, Rehbein, S. 77, Siegel a. a. O.

BGB. erhelle, wo Übergabe und Eigentumsverschaffung streng geschieden sei. Diesen Ausführungen ist man von der Gegenseite scharf begegnet und meines Erachtens sind die Gegengründe überzeugend und schlagend.

Die Gegner wie Planck, Staudinger, Pöschel, Endemann sind nicht überzeugt, daß aus einem argumentum e contrario das Eigentum des Schuldners herzuleiten sei. Mit Recht wendet man gegen die eben dargelegte Beweisführung ein: man könne die Ansicht nur unter zwei Voraussetzungen billigen. Entweder läge eine Parteivereinbarung zugrunde, daß nach Auflösung des Schuldverhältnisses das Eigentum des Gläubigers beendet und das des Schuldners wieder hergestellt werde, so daß also eine unter auflösender Bedingung erfolgte Eigentumsübertragung stattfände, oder das Gesetz enthalte selbst diese auflösende Bedingung. Beide Voraussetzungen träfen jedoch nicht zu. Denn wenn auch der § 952, wie später eingehend zu behandeln ist, nur dispositiver Natur sei, eine Vereinbarung unter der genannten auflösenden Bedingung an sich wohl Geltung haben könne, so sei sie doch nicht als die Regel im täglichen Verkehr anzusehen. Aus dem Gesetze selbst aber eine entsprechende Bedingung entlehnen zu wollen, sei unbillig. Man lege dann Unnötiges in den Paragraphen hinein. Das Gesetz bestimme nur, daß im Zeitpunkte der Entstehung der Forderung der Gläubiger Eigentümer sei. Eine entsprechende negative Bestimmung, daß durch Tilgung der Schuld der Schuldner Eigentümer werde, sei in dem § 952 nicht enthalten und werde unnötig in den Paragraphen hineingelegt.

Zudem spräche eine allgemein anerkannte Vermutung dafür, daß ein einmal erworbenes Recht auch fortdauere.[1]) Von anderer Seite[2]) wird gegen den Eigentumsübergang auf den Schuldner geltend gemacht, daß der neue Gläubiger fehle, auf den das Eigentum allein übergehen könne. Schöne, S. 39 verneint das argumentum e contrario, weil eine Art gesetzlicher Dereliktion vorliegen würde, die man nicht anerkennen könnte.

---

[1]) Wellmann, S. 21ff.
[2]) Helmers, S. 61.

Surder begnügt sich, um die Gegenansicht zu entkräften, allein mit dem Hinweis auf § 371, der dem Schuldner nur einen obligatorischen Anspruch gewähre. Auf § 371 weisen ferner hin Schöne, S. 38, Helmers, S. 59. Der Einwand Rauths, in § 371 handele es sich nur um Besitzübertragung, nicht um Eigentumsverschaffung, ist mit Pöschel damit treffend zurückzuweisen, daß die Terminologie des BGB. nicht so scharf ist, wie ein Vergleich mit §§ 931 und 2374 ergibt. Helmers führt, als er das Bestehen des obligatorischen § 371 dem angeblichen Eigentum aus § 952 entgegenstellt, noch aus, man könnte einwenden, § 371 solle nur Geltung haben, wenn § 952 vertragsmäßig ausgeschlossen sei. Dem ist zu entgegnen, daß ein derartiger Schluß nicht ohne weiteres berechtigt ist, und daß ebensogut § 371 vertraglich ausgeschlossen werden kann.

Ferner könne man, meint Helmers, einwenden, § 371 käme nur dann zur Anwendung, wenn der Schuldner kein Eigentum erwerben könne, weil er zuvor nicht Eigentümer gewesen wäre, wenn z. B. der Gläubiger Eigentümer des Schuldscheins gewesen sei. Helmers weist darauf hin, daß dieser Fall deswegen überhaupt nicht eintreten könne, weil der Schuldner im Momente des Beschreibens durch Spezifikation Eigentum erworben habe, was allerdings im Augenblick der Entstehung der Forderung auf den Gläubiger überginge. Das mag für den Fall des späteren Entstehens der Forderung richtig sein, für den Fall aber, daß die Forderung bereits entstanden ist, bleibt die Frage offen. Es läßt sich aber einer subsidiären Anwendung des § 371 auch der oben angeführte Grund entgegensetzen.

Schon aus allem vorher Gesagten kann die Theorie des Schuldnereigentums zunichte gemacht werden.

Nicht der Schuldner wird Eigentümer des Schuldscheins nach getilgter Schuld, sondern der Gläubiger bleibt Eigentümer. Dies ergibt sich als eine unabweisbare Folgerung auf § 952.

Wie wir oben ausführten, ist der Grund für die Einreihung des § 952 unter die Abteilung Verbindung usw. der den gesamten Abschnitt beherrschende Gedanke, daß das wirtschaft-

lich stärkere Recht vorangeht, das schwächere folgt. Das wirtschaftliche Moment sichert aber auch der einmal begründeten Verbindung, mag sie nun durch Verbindung im Sinne des § 947, durch Verarbeitung oder durch Begründung des Forderungsrechts entstehen, einen dauernden Bestand. Wie beim Erwerb durch Spezifikation usw. das einmal erworbene Eigentum nicht wieder verloren geht durch nachträglichen Wegfall der Erwerbsvoraussetzungen, so kann auch nicht das einmal begründete Gläubigereigentum durch Erlöschen der Forderung untergehen. In diesem Sinne sprechen sich auch aus Helmers S. 62, Schöne S. 39 und vor allem auch Pöschel S. 47. „Wer Eigentümer des Papiers geworden ist als es noch ein wertvolles Beweismittel eines lebendigen Rechts war, bleibt es auch, wenn gleichsam nur noch die Schlacke übrig ist.“ So äußert sich auch Staudinger zu § 371, Anm. 1: „Ein Erlöschen des Eigentumsrechts und Wiederaufleben des Eigentums des Schuldners mit Tilgung der Forderung kann nach sachenrechtlichen Grundsätzen nicht behauptet werden.“ [1])

Eine eigene und eigentümliche Ansicht hat Hedemann S. 70 aufgestellt. Er sagt: „Konnte das Gesetz ohne Berücksichtigung sonstiger Werte, des Stoffeigentums, der Verarbeitung, des Besitzes bestimmen, daß dem Gläubiger das Eigentum, also das wichtigste dingliche Recht am Schuldschein zustehe, so darf es nicht befremden, wenn man den Rückforderungsanspruch des Schuldners nach vollzogener Erfüllung ebenfalls zu einem dinglichen Rechte gestaltet.“

Das muß allerdings befremden. Die Konsequenz aus § 952, dem Schuldner das Eigentum zuzusprechen, war zwar abzuweisen, aber doch diskutabel. Hedemanns Theorie aber ist ein nicht zu billigender kühner Schritt. Hedemann wagt nicht, die Konsequenz aus § 952 zu ziehen, möchte aber doch gern dem Schuldner mehr Rechte sichern, als ihm der nur obligatorische § 371 gewährt. Dies tut er, indem er den § 371 zu einer actio in rem scripta, zu einer utilis in rem vindicandam

[1]) Wie Staudinger auch Planck, Bd. 3, S. 257, Anm. 2b; Endemann, Bd. 2, S. 546; Wellmann, S. 27.

ausbaut. Das mag vielleicht de lege ferenda freudig zu begrüßen sein, kann aber de lege lata nicht gebilligt werden.

Einmal ist der Kreis der dinglichen Rechte im BGB. scharf umgrenzt. Nur die im Gesetzbuche genannten gibt es, sonst keine; andererseits hat § 371 seine Stellung im Obligationenrecht, dies beweist also, daß § 371 nur ein obligatorischer Anspruch sein kann. Wenn Hedemann betont, daß auf die Einstellung des § 371 ins Recht der Schuldverhältnisse das entscheidende Gewicht nicht zu legen sei, weil auch anderweit z. B. in §§ 604, 566 der Vermieter und der Verleiher nach Beendigung der Miete und des Leihverhältnisses eine Rückforderungsklage gegen den Dritten hätten, so ist die Anziehung dieser Beispiele gerade ein wichtiges Gegenargument gegen Hedemann. Denn die genannten Paragraphen enthalten eben eine ausdrücklich geregelte Ausnahme; dies sind allerdings Fälle einer actio in rem scripta, aber nur deshalb, weil das Gesetz eine Ausnahme von obligationsrechtlichen Grundsätzen konstatiert hat.

Der andere Grund, der von Hedemann beigebracht wird, seine Meinung zu begründen, nämlich: wenn das Gesetz in § 952 ohne Berücksichtigung anderer Werte das Eigentum dem Gläubiger gegeben habe, so berechtige dies ohne weiteres dazu, dem § 371 einen quasi dinglichen Charakter zu verleihen, ist nicht stichhaltig, weil er über die Grenzen der Auslegung hinausgehend, dem Gesetze mit einer zu weitgehenden Auslegung Zwang antut. Wer den Gesetzestext zu interpretieren hat, kann zwar unter Umständen vielleicht auf dem Wege der Analogie, wenn eine Gesetzesbestimmung nur einen besonderen Fall behandelt, es aber angängig erscheint, den speziellen Gedanken auf ähnlich liegende Fälle generell anzuwenden, zu einer extensiven Interpretation gelangen. Aber ein solcher Anlaß liegt hier nicht vor und die Art der Hedemannschen Interpretation ist entschieden nicht haltbar. Eigentümlicherweise hat sich in der neuesten Auflage des Staudingerschen Kommentars Staudinger[1]) der Hedemannschen Ansicht an-

[1]) Staudinger, Bd. 2, S. 372.

geschlossen, trotzdem er ein Wiederaufleben des Eigentums des Schuldners aus sachenrechtlichen Gründen bestreitet, also doch logischerweise zu einem Weiterbestehen des Gläubigereigentums gelangen müßte.

Auch Enneccerus-Kipp hat sich der Hedemannschen Ansicht angeschlossen.[1]) „Der Wortlaut des Gesetzes widerstreite dem nicht.“ Die Einstellung unter dem Titel „Erfüllung“ weist schon auf den rein obligationsrechtlichen Charakter des Anspruchs hin. § 371 nennt zwar nicht den Schuldner des Rückgabeanspruchs ausdrücklich, aber aus einem Zusammenhalt mit § 368 — dem Recht des Schuldners Quittung zu verlangen — ergibt sich, daß allein der Gläubiger des Schuldverhältnisses zur Rückgabe verpflichtet ist. § 371 sagt: „Ist über die Forderung ein Schuldschein ausgestellt worden, so kann der Schuldner neben der Quittung Rückgabe des Schuldscheins verlangen.“ Aus dem Passus neben der Quittung ist, wie gemeinhin auch nicht bestritten wird, die Parallelisierung der beiden Ansprüche aus den §§ 368 und 371 zu erkennen. Im § 368 heißt es ausdrücklich: „Der Gläubiger hat . . . . Quittung zu erteilen.“ Aus allem vorhergehenden sehen wir, daß wegen der engen einmal geschlossenen Verbindung zwischen Forderung und Schuldschein, dem Schuldner infolge eines Rückschlusses aus § 952 ein dingliches Recht nicht zu gewähren ist.

b) Keine actio ad exhibendum.

Es bleibt die Möglichkeit, das Recht auf Rückgabe aus allgemeinen Grundsätzen der actio ad exhibendum herzuleiten. In Betracht kommt nach bürgerlichem Recht die Vorschrift des § 810 „wer ein rechtliches Interesse daran hat, eine in fremdem Besitze befindliche Urkunde einzusehen. kann von dem Besitzer die Gestattung der Einsicht verlangen, wenn in der Urkunde ein zwischen ihm und einem anderen bestehendes Rechtsverhältnis beurkundet ist.“

Da der Schuldschein ein zwischen Gläubiger und Schuldner bestehendes Rechtsverhältnis beurkundet, so kommt allerdings

[1]) S. 161, Anm. 6.

diese Vorschrift zweifellos in Frage, sie bietet dem Schuldner den Vorteil, auch gegen den Dritten, den Besitzer der Urkunde vorgehen zu können. Aber sie ist doch für unsere Zwecke ein zu geringer Rechtsbehelf, denn der Anspruch geht nur auf Vorlegung, nicht auf Rückgabe, auf Rückübereignung. Der Anspruch aus § 810 ist auch in prozessualer Hinsicht von Bedeutung, insoweit als der Schuldner im Prozesse die Vorlegung verlangen kann; aber er bringt dem Schuldner doch nicht das, was er verlangen kann, Rückübereignung des Schuldscheins.

c) Kein Bereicherungsanspruch.

Zu einem besseren Rechte gelangte der Schuldner dagegen, wenn man den Rückforderungsanspruch aus dem Gesichtspunkte der Bereicherung herleiten könnte.

Doch auch diese Konstruktion ist nicht angängig.

Die Voraussetzung für den Bereicherungsanspruch ist gegeben, wenn ein vermögenswerter Gegenstand „etwas" auf Kosten des anderen, d. h. gewinnbringend für den einen, verlustbringend für den andern Teil, ohne rechtlichen Grund durch die Leistung des einen Teils oder in sonstiger Weise in das Vermögen des anderen Teils übergeht.

Die Voraussetzungen scheinen vorhanden zu sein, wenn nach Tilgung der Schuld der Gläubiger sich noch im Besitze des Schuldscheins befindet. Es scheint, als ob der typische Fall der in § 812 Satz 2 behandelten condictio ob causam finitam vorliege. Der Gläubiger ist trotz der Erfüllung der Schuld noch im Besitze des Scheines. Der Schuldschein stellt, obwohl die Schuld getilgt ist, immerhin einen Vermögenswert dar. Unter dem vom Gesetz gewählten farblosen Ausdruck „etwas" ist nicht nur der gegenwärtige, unmittelbar in die Augen fallende Vermögenswert zu verstehen, sondern jegliche rechtlich bedeutsame Position, auch wenn sie kein eigentliches Recht darstellt.[1])

Hedemann will dies zwar bestreiten, indem er die Möglichkeit der späteren Entstehung von Rechten nicht für einen Vermögenswert im Sinne des § 812 erklärt.

[1]) Oertmann, Vorbem. 2a zu § 812.

Wenn der Schuldschein dispositiven Charakter trage, dann sei allerdings ein vermögensrechtlicher Wert nicht zu bestreiten. In den gewöhnlichen Fällen, wenn der Schuldschein nur eine bloße Beweisurkunde darstelle, könne von einem Recht oder einer rechtlich erheblichen Position nicht gesprochen werden Denn nur die Möglichkeit, daß späterhin gewisse Rechte entstehen, genügten zur Bereicherungsklage nicht. Hedemann faßt allerdings nur die eine Möglichkeit ins Auge, daß der Besitzer den Schein an einen gutgläubigen Dritten gegen Entgelt weitergibt. Die naheliegendste Möglichkeit, daß der Gläubiger selbst oder ein Dritter den Schein wiederum zu unlauteren Zwecken benutzt, z. B. vom nichtsahnenden Erben eine erneute Zahlung begehrt, läßt er außer acht. Das ist aber das Hauptmoment, weshalb der Schein in der Hand des Gläubigers eine vermögenswerte Position ist.

Wenn auch nicht mehr wie früher im Gemeinen Recht und Allgemeinen Landrecht[1]) eine Rechtsvermutung für das Bestehen des Rechtsverhältnisses besteht, wenn der Gläubiger den Schuldschein nach Tilgung der Forderung in Besitz hat, so fällt er doch, wie Hedemann S. 75 selbst zugibt. als indicium sehr erheblich ins Gewicht bei der freien richterlichen Beweiswürdigung. Der Richter wird meist, wenn nicht besondere Bedenken gegen die Glaubwürdigkeit obwalten, dem auf Leistung klagenden Inhaber eines Schuldscheins Gläubigerrechte auf Grund des Schuldscheins zusichern. Daß also der Gläubiger mit dem Besitze der Schuldurkunde nach der Erfüllung ein vermögenswertes „etwas“ erlangt hat, kann nicht mehr zweifelhaft sein.

Bedenken können auch nicht obwalten, daß der Gläubiger den Schein auf Kosten des Schuldners, dessen Vermögen er entzogen ist, erlangt hat. Er hat ihn allerdings nicht vom Schuldner selbst erlangt, denn der Erwerb des Eigentums tritt unmittelbar kraft Gesetzes ein. Da aber das Gesetz selbst einen Erwerb auch auf sonstige Weise unter den Rahmen des § 812 begreift, so kann es gleichgültig sein, ob der Besitz des Schuld-

[1]) RGE. Bd. 15, S. 218.

scheins durch den Schuldner oder kraft Gesetzes eintrat. Ist aber die veränderte Vermögenslage auch ohne gesetzlichen Grund herbeigeführt? Das kann zweifelhaft erscheinen. Und die Zweifel sind berechtigt.

Obwohl die Forderung getilgt worden ist, so ist der Besitz des Scheins doch nicht ohne rechtlichen Grund, weil, wie wir bereits ausführten, der Gläubiger auf Grund des Gesetzes noch Eigentümer des Schuldscheins ist.

Auch auf die Bereicherung kann der Rückgabeanspruch nicht gestützt werden. Für einen Bereicherungsanspruch erklären § 371 Schollmeyer, Einzelne Schuldverhältnisse, S. 107, Oertmann, Vorbem. zu § 812, 2cδ, Neumann, § 812 2c. Oertmann bringt den § 371 unter die Fälle der condictio ob causam finitam mit den Worten: „Hierher gehört auch wohl der Fall des Schuldscheins nach Tilgung der Schuld.“ Er läßt also Zweifel offen.

Den Hauptgrund, weshalb keine Bereicherung anzunehmen ist, führten wir schon an. Es kommt noch hinzu, daß eben § 371 einen besonderen Anspruch normiert. Wozu das, wenn die Vorschriften der Bereicherung ausgereicht hätten? Bestünde § 371 nicht, dann könnte man vielleicht noch darüber streiten, ob Bereicherungsansprüche gegeben seien. Aber schon das Bestehen des § 371 schließt die Bereicherung aus. Die vorgenannten Kommentatoren sind denn wohl auch nur so zu verstehen, daß nur der tiefere Grund des obligatorischen Anspruchs die Bereicherung sei.

d) Selbständiger obligatorischer Anspruch.

Ohne Bedenken aber hat das Gesetz ein volles Schuldverhältnis mit seinen Wirkungen konstruieren wollen vor allem mit der Haftung des Schuldners (Gläubiger des Schuldverhältnisses) für Vorsatz und Fahrlässigkeit, also für Verschulden.

Die Ausdrucksweise des Gesetzes läßt keinen Zweifel darüber aufkommen, daß ein Anspruch im Sinne von § 194, das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen, dem Schuldner in die Hand gegeben werden sollte.

„Ist über die Forderung ein Schuldschein ausgestellt worden, so kann der Schuldner neben der Quittung Rückgabe des Schuldscheins verlangen."

Man ist daher auch darüber einig, daß nach der Erfüllung ein obligatorischer Anspruch auf Rückgabe des Scheines gegeben ist.

IV. Entstehung des Anspruchs.

a) Nicht aus der Erfüllung.

Soweit überhaupt auf die Grundlage des Anspruches eingegangen wird, sieht man den Ursprung des Anspruchs in der Zahlung, in dem Rechtsgeschäfte der Erfüllung. Die Erfüllung soll den Rückgabeanspruch erzeugen, nicht die zugrunde liegende Obligation.

Die schwerwiegende Folge davon würde die sein, daß der Gläubiger in der Zeit vom Vertragsschluß bis zur Erfüllung durch kein kontraktliches Band gehalten, für eine durch ihn zu vertretende Unmöglichkeit der Herausgabe und dadurch herbeigeführten Schaden haftfrei bliebe, daß der Schuldner auch keinen Anspruch auf einen Ersatz oder Ersatzanspruch geltend machen könnte, den der Gläubiger infolge einer Verfügung über den Schein erlangt hätte.

In der Literatur werden vielfach Angaben über den Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs unterlassen. Unzweideutig führen jedoch Schollmeyer, Rehbein den Anspruch auf die Leistung zurück.[1]) Rehbein führt aus: „Es ist ein persönlicher obligatorischer Anspruch aus der Erfüllung, nicht aus dem Schuldverhältnis. Er kann auch nachträglich geltend gemacht werden."

Schon für das Allgemeine Landrecht hat Rehbein es in seinen Entscheidungen des Obertribunals (Bd. III, S. 17ff.) aus-

[1]) Schollmeyer, Anm. 1 zu § 371; auch Fischer-Henle, Anm. 5 zu § 368. Rehbein, Bd. 2, S. 284.

gesprochen: Persönlich ist auch der Anspruch auf Herausgabe des Dokuments nach erfolgter Zahlung. Er folgt aus der Zahlung, nicht aus dem Eigentum oder dem Besitz, ist keine rei vindicatio oder actio ad exhibendum, und S. 17: Der Anspruch ist obligatorischer Natur, folgt aus dem Rechtsverhältnis der Zahlung, dessen zweiseitige Natur sich auch insofern zeigt, als der Schuldner nur gegen Herausgabe der Schuldurkunde, d. h. Zug um Zug zur Zahlung verpflichtet ist. Bemerkt sei, daß das Allgemeine Landrecht in Übereinstimmung mit dem BGB. festsetzt, Teil 1 Titel 16 § 125: „Außer der Quittung kann der Zahlende auch noch die Rückgabe des über die berichtigte Schuld einseitig ausgestellten Instruments fordern." In einer Entscheidung des RG. Bd. 28, S. 434 heißt es: Der Gerichtsstand der Klage auf Quittungsleistung ist derjenige des Wohnsitzes, nicht der des Erfüllungsortes; denn dieser Anspruch entspringt nicht aus dem Vertrage, sondern beruht auf dem Gesetz.

Wir hatten bereits oben berührt, daß der Quittungsanspruch und Anspruch auf Rückgabe der Schuldurkunde Parallelerscheinungen sind.

In einer bekannten Entscheidung des Obertribunals vom 23. März 1868[1]) wird ausgeführt: „das Recht des Schuldners, von dem bezahlten Gläubiger ein Bekenntnis der empfangenen Zahlung in geeigneter Form zu fordern, ist nicht als eine Obligation zu betrachten, wonach der Gläubiger etwas zu leisten habe. Eine Zahlung ist auch anderweit zu erweisen; es ist vielmehr eine Folge der Zahlung, daß der Gläubiger das Schuldinstrument zurückgebe." Dieser Ansicht sind auch Rathjens S. 61 ff. und Möller-Holtkamp S. 17. Wenn ersterer betont, der Quittungsanspruch könne deshalb nicht in demselben Rechtsverhältnis wie die Hauptleistung seine Grundlage finden, weil man in jedem Vertrag die stillschweigende Verabredung, eventuell für den Fall der Leistung eine Quittung ausstellen zu wollen, hineininterpretieren müßte, so kann dies nicht überzeugen; denn bei jedem Schuldverhältnis können spätere Um-

[1]) Str. Arch. Bd. 70, S. 229.

stände eintreten, die anders geartete weitere Ansprüche als die vertragsmäßigen erzeugen; man denke nur an später eintretende Unmöglichkeit, an den Verzug. Allerdings liegen hier Verpflichtungen vor, die die Parteien vertragsmäßig übernahmen, weil die das Schuldverhältnis mit allen seinen Konsequenzen eingingen.

Auch die Ausführungen von Möller-Holtkamp S. 15 können nicht überzeugen. Er will deshalb nicht auf die Grundlage des Hauptvertrages zurückgehen, weil mit der Leistung das Schuldverhältnis erloschen sei; es sei also nicht mehr fähig, einen weiteren Anspruch zu erzeugen. Freilich einen neuen Anspruch braucht die zugrunde liegende Obligation auch nicht mehr hervorzubringen.

b) Sondern aus der zugrunde liegenden Obligation.

Denn die Verpflichtung zur Rückgabe des Schuldscheins hat der Gläubiger bereits mit der Hauptobligation eingegangen. Sie ist dem Boden des zwischen Gläubiger und Schuldner bestehenden Schuldverhältnisses entwachsen. Dieser Nachweis wird sich aus verschiedenen Gründen erbringen lassen. Wir müssen, um zum Ziele zu gelangen, prüfen, was das Gesetz über die Rechtslage des Schuldners während des Bestehens des Schuldverhältnisses sagt.

Beweis:

1. Zurückbehaltungsrecht.

Wie § 371 ausdrücklich ausspricht, kann der Schuldner die Rückgabe des Schuldscheins neben der Quittung verlangen. Damit ist die allgemein anerkannte Parallelisierung des Quittungsanspruchs mit dem Anspruch auf Rückgabe des Schuldscheins genügend gekennzeichnet.

Es ist damit außer Frage gestellt, daß der Schuldner nur gegen Rückgabe des Schuldscheins zur Leistung verpflichtet ist. Der Schuldner kann also seine Leistung von der Rückgabe des Schuldscheins abhängig machen, d. h. zunächst darf er Erfüllung verweigern, ohne in Leistungsverzug zu kommen, solange ihm nicht Zug um Zug die Schuldurkunde zurückgegeben wird.

Wenn das Gesetz sagt: „Der Gläubiger hat gegen Empfang der Leistung auf Verlangen die Schuldurkunde zurückzugeben“ (§ 368, § 371), so ist damit das gegenseitige Zug um Zug zu erfüllende Verhältnis zwischen Erfüllung der Obligation und Rückgabe des Scheines vollkommen klargelegt.

Eine Vergleichung der im Gesetze ebenso formulierten Ansprüche und Gegenrechte ergibt, daß damit entweder nur eine Einschränkung der Leistungspflicht des Schuldners, eine verzögerliche Einrede, geschaffen werden soll, die den Schuldner dazu berechtigt, wenn der Gläubiger nicht Zug um Zug mit der schuldnerischen Leistung das seinige erfüllt, seine Leistung zu verweigern und vollständige Abweisung der Klage herbeizuführen; oder es sind volle Zurückbehaltungsrechte im Sinne von § 273, die einmal einen fälligen Gegenanspruch dem Anspruch des Gläubigers entgegenstellen, nicht nur Einrederechte, andererseits aber nur eine Verurteilung Zug um Zug zur Folge haben.

Niemals aber wird mit dem Ausdrucke „gegen Empfang“ die Bedeutung „nach Empfang“ beigelegt. Dies will Breuer, S. 74, tun. Er sieht im § 368 nur die Voraussetzung einer Legalverbindlichkeit des Gläubigers gegenüber dem tatsächlich Leistenden normiert. Die Worte „der Gläubiger hat gegen Empfang der Leistung auf Verlangen Quittung zu erteilen“ müßten nicht notwendig dahin ausgelegt werden, als ob mit der Erfüllung der Verpflichtung gleichzeitig Zug um Zug die Quittung zu erteilen sei bezw. für unsere Verhältnisse der Schuldschein zurückzugeben sei.

Der Empfang der Leistung durch den Schuldner sei Voraussetzung des Anspruchs, so daß der Anspruch erst nach Bewirkung der Leistung als vorhanden anzusehen sei; erst wenn er die Leistung bewirkt habe, sei ein selbständiger und sofort fälliger Anspruch auf Quittung vorhanden.

Richten wir den Blick auf ähnliche im Gesetz geordnete Tatbestände, z. B. im §§ 410, 798, 802 Abs. 2, 255, 258 a. E., 867 a. E., 811 Abs. 2, 403, so werden wir finden, daß niemals dem „gegen“ die Bedeutung von „nach“ zugewiesen werden kann.

Im § 410 heißt es: „Der Schuldner ist dem neuen Gläubiger gegenüber zur Leistung nur gegen Aushändigung einer von dem bisherigen Gläubiger über die Abtretung ausgestellten Urkunde verpflichtet.“

Im § 255: „Wer für den Verlust einer Sache oder eines Rechts Schadenersatz zu leisten hat, ist zum Ersatze nur gegen Abtretung der Ansprüche verpflichtet, die dem Ersatzberechtigten auf Grund des Eigentums zustehen“; so in § 797: „Der Aussteller ist nur gegen Aushändigung der Schuldverschreibung zur Leistung verpflichtet.“

Im § 410 und § 797 wird von Schollmeyer und Oertmann ein volles Zurückbehaltungsrecht anerkannt, während im § 255 die Ansichten geteilt sind zwischen Einrede und Zurückbehaltungsrecht, und in den übrigen Fällen, bei denen der Schuldner die Leistung verweigern darf, bis ihm Sicherheit geleistet wird, handelt es sich einstimmig um Einrederechte. Niemals aber findet sich die Breuersche Ansicht vertreten.

In zweiter Linie bedarf für das Zug um Zug-Verhältnis im § 371 die Ansicht der Erörterung, ob eine verzögerliche Einrede in dem Sinne gegeben sei, daß die Geltendmachung der Einrede die Abweisung der Klage verursache. Dieser Meinung ist Schlegelberger, S. 141. Er führt aus: Der Schuldner habe deshalb kein Zurückbehaltungsrecht an der ihm obliegenden Leistung bis zur Rückgabe des Schuldscheins, weil ein Anspruch auf Rückgabe vorderhand nicht gegeben sei. Es bestehe nicht der Anspruch, Rückgabe des Schuldscheins gegen Zahlung zu verlangen. Erst wenn der Schuldner geleistet habe, erwerbe er aus der Tatsache der Zahlung in Verbindung mit § 368 einen Anspruch auf Rückgabe. Deshalb könne dem Schuldner nur eine Einrede, die Leistung zu verweigern, zugebilligt werden. Wir können dieser Darlegung nicht beitreten. Erkennt wenigstens Schlegelberger gegenüber Breuer das Einrederecht an, so kann doch auch dies nicht gebilligt werden. Denn damit wäre eine Verurteilung Zug um Zug dem Gläubiger versagt, wenn er Erfüllung beanspruchte, die Schuldurkunde aber nicht zurückgeben wollte. Das kann aber nicht Sinn und Zweck des Gesetzes sein.

Die Hauptleistung des Schuldverhältnisses bleibt doch die Erfüllung des zugrunde liegenden Schuldverhältnisses durch den Schuldner, da dies Gegenstand der Obligation war. Wenn noch gewisse Nebenansprüche entstanden sein mögen, so kann ihre Nichtbefolgung unmöglich eine so starke Wirkung haben, daß der Gläubiger ohne weiteres mit seiner Klage abgewiesen wird.

Man muß daher annehmen, daß §§ 368, 371 ein Zurückbehaltungsrecht im Sinne von § 273 haben statuieren wollen.

Die Anerkennung des Zug um Zug-Prinzips weist auf eine derartige Gegenseitigkeitsbeziehung hin, daß der Anspruch aus dem Schuldverhältnis auf Leistung und der Anspruch auf Rückgabe des Schuldscheins aus demselben Rechtsverhältnisse stammen.

Die Literatur nimmt denn auch mit vorgedachten Ausnahmen übereinstimmend ein Zurückbehaltungsrecht an. So Schollmeyer Anm. 1 zu § 371: „Der Anspruch ist Zug um Zug mit der Zahlung zu erfüllen.“ Im § 273, 2 b α ist dann ein Zurückbehaltungsrecht anerkannt. Oertmann, Anm. 2 zu § 368: „Bei Weigerung des Gläubigers gewinnt der Schuldner das Zurückbehaltungsrecht aus § 273.“ Staudinger, Anm. 1 zu § 371: „Die Rückgabe des Schuldscheins muß ebenso wie die Erteilung der Quittung Zug um Zug gegen Empfang der Leistung erfolgen“ (§§ 274, 273).[1])

Die meisten Schriftsteller leiten jedoch dieses Zurückbehaltungsrecht aus der Tatsache der Erfüllung ab, konsequenterweise, weil sie aus der Erfüllung den Rückgabeanspruch konstruieren. Im Momente des Leistungsangebots sei der Anspruch auf Schuldscheinrückgabe existent und fällig; vergl. z. B. Rathjens S. 85, der die abweichende Ansicht Breuers, der, wie gezeigt, kein Zurückbehaltungsrecht annehmen will, in der Weise bekämpft, daß er anführt, Breuer verkenne, daß der Anspruch des Schuldners auf Quittung nicht erst mit der Bewirkung der Leistung, sondern bereits mit dem richtigen

[1]) So auch Planck, Anm. 1 zu § 371, ferner Hedemann, S. 81, Wellmann, S. 50.

Angebot derselben fällig werde. Auch Oertmann (Anm. 1 zu § 371) läßt den Anspruch spätestens mit dem Angebote der Leistung fällig werden; für das frühere Recht führt auch Rehbein, Entscheidung des Obertribunals S. 15, den Anspruch auf das Rechtsgeschäft der Zahlung zurück.

Wenn das Zurückbehaltungsrecht aus dem Rechtsgeschäft der Zahlung hergeleitet wird, so hat diese Konstruktion mit Schwierigkeiten zu kämpfen.

Das Zurückbehaltungsrecht setzt einen fälligen Anspruch aus demselben rechtlichen Verhältnis voraus, auf dem die Verpflichtung beruht.

Ist dies bei dem Anspruche des Gläubigers auf die Leistung einerseits und dem angeblich erst aus der Erfüllung erwachsenen Anspruch des Schuldners auf Rückgabe des Scheines andererseits der Fall? Beruhen diese gegenseitigen Ansprüche noch auf demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem zugrunde liegenden Schuldverhältnis?

Man hat den Ausdruck „rechtliches Verhältnis“ im weitgehendsten Sinne interpretiert; jedenfalls nicht mit Rechtsverhältnis identifiziert, und in weitherzigster Auslegung dem rechtlichen Verhältnis die Bedeutung von innerlich zusammengehörigem Lebensverhältnis verliehen. Planck fordert ein einheitliches Verhältnis. Staudinger fordert einen solchen gesetzlichen oder natürlichen Zusammenhang zwischen den beiderseitigen Ansprüchen, daß die einseitige Geltendmachung des Anspruchs ohne Rücksicht auf den dem anderen Teile zustehenden Gegenanspruch als ein Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen würde. In demselben Sinne Neumann, Schollmeyer; eine Identität des Zweckes betont Oertmann, Matthiaß, S. 163, sieht die Identität des Rechtsverhältnisses in der typischen Natur des Geschäfts und in den Parteiabsichten hergestellt.

Auch die Rechtsprechung hat in mehreren Entscheidungen eine ähnliche Auffassung der gesetzlichen oder natürlichen Einheit vertreten.[1]) In der Entscheidung des Oberlandes-

[1]) Recht 03, S. 428, Entsch. d. OLG. Naumburg, Bd. 3, S. 355, RGE. Bd. 54, S. 239; RGE. Bd. 52, S. 1.

gerichts Naumburg heißt es: „Es wird nicht derselbe Rechtsgrund, sondern nur dasselbe Rechtsverhältnis gefordert.“ Es sei jedesmal zu fragen: Bestehen zwischen den Parteien rechtliche Beziehungen, in denen sowohl Klage wie Gegenanspruch wurzeln, so daß es Treu und Glauben widerstreiten würde, wenn beide aus diesem Zusammenhang durch getrennte Rechtsverfolgung wider den Willen des anderen Teils zerrissen würden.

Das Reichsgericht hatte in der Entscheidung Bd. 52, S. 1, unter demselben rechtlichen Verhältnis eine natürliche gewollte oder als gewollt vorauszusetzende Einheitlichkeit des faktischen Verhältnisses und hierdurch einen natürlichen Zusammenhang der beiden Ansprüche verstanden. Eine Entscheidung des Oberlandesgerichts, Bd. 16, S. 355, geißelt diese Auffassung mit den Worten: Es sei ungefähr das gerade Gegenteil von dem, was ein unbefangenes Urteil aus dem Verständnis des Passus „aus demselben rechtlichen Verhältnis“ zöge.

Mag diese Rüge vielleicht auch etwas zu weit gehen und immerhin der auf Treu und Glauben abgestellten Auslegung bei den Rechtsverhältnissen Bedeutung beiwohnen, bei denen nicht gerade der Erfüllungsakt das erzeugende Moment des Gegenanspruchs ist, sondern der Gegenanspruch in einem zeitlich vorher liegenden Zeitpunkt aus einer bestimmten Tatsache erwächst, wie z. B. der Anspruch auf Verwendungen beim Auftrag, wo die Natur des unvollkommen zweiseitigen Rechtsgeschäfts auf die Möglichkeit der Entstehung weiterer Ansprüche im Rahmen des Vertragsverhältnisses hinweist, so ist doch die erwähnte weitausholende Auslegung in solchen Fällen zu beanstanden, wo gerade der Erfüllungsakt den Anspruch erzeugen soll, wie in unserem Falle.

Wir stehen zwar nicht auf dem Standpunkt, daß erst die Erfüllung den Rückgabeanspruch des Schuldscheins hervorbringe, meinen aber, daß, wenn einmal die herrschende Lehre ein Zurückbehaltungsrecht anerkennt, unmöglich erst aus dem Erfüllungsgeschäft ein fälliger Anspruch gegen den Gläubiger hergeleitet werden kann.

Man kann entweder nur sagen: nach stattgehabter Erfüllung, nach der Leistung, entsteht der vom Gesetz festgesetzte

Anspruch auf Rückstellung des Scheines; dann muß man wegen des noch nicht entstandenen und damit natürlich auch noch nicht fälligen Gegenanspruchs ein Zurückbehaltungsrecht verneinen und etwa, wie Schlegelberger, nur ein Einrederecht konstatieren; oder man erkennt einen fälligen Gegenanspruch vor der Erfüllung an, bereits entstanden im Momente des Abschlusses des zugrundeliegenden Vertrags oder Schuldverhältnisses; dann muß man naturgemäß auch das Zurückbehaltungsrecht auf das Schuldverhältnis, auf dasselbe rechtliche Verhältnis zurückführen.

Aber ein Zurückbehaltungsrecht zubilligen wollen und den Gegenanspruch aus der Erfüllung herleiten wollen, ist ein Unding.

Die Begründung, welche das Reichsgericht gibt,[1]) es solle auch der mit der Erfüllung selbst erst entstehende und damit fällig werdende Gegenanspruch geschützt werden, ist nicht überzeugend.

Zunächst sei darauf hingewiesen, daß es durchaus nicht außer Streit ist, ob die Erfüllung, die Zahlung, überhaupt als ein Rechtsgeschäft, speziell als ein Vertrag aufzufassen ist.[2]) Die Gründe, die von Stammler und Gruchot gegen die Vertragstheorie vorgebracht werden, sind schwerwiegender Natur. „Die Zahlung sei nur der Akt, durch welchen der schon vorhandene Vertragswille sich äußerlich betätige, und der die beabsichtigten Wirkungen hervorrufe, mit einem Worte, den Vertrag zur Erfüllung bringe."

Stammler betont, daß man sich im praktischen Leben bei strikter Durchführung der Vertragstheorie aus der Fülle von Verträgen kaum entwirren könnte, auch § 305 nur bei Veränderung und Begründung eines Schuldverhältnisses, nicht aber bei Erfüllung den Abschluß eines Vertrages verlange.

Allerdings sei bei manchen Leistungen die Mitwirkung des Gläubigers nötig, dies ergebe sich aber mehr aus der Art der geschuldeten Leistung, erfordere aber nicht notwendig den

[1]) Gruchot, Bd. 51, S. 374.

[2]) Stammler, Schuldverh., S. 221 ff., auch Gruchot, Zahlung, Seite 13.

Abschluß eines neuen Vertrags mit dem Gläubiger. Die schuldnerische Leistung sei eine einseitige Handlung; dies bezeuge auch die Bestimmung des § 366 BGB., wonach dem Schuldner durch einseitige Bestimmung gestattet sei, wie eine mehrfach verwendbare Leistung im konkreten Falle angerechnet werden solle.

Stellt man sich auf diesen theoretisch sehr wohl haltbaren Standpunkt, so ist überhaupt die Erzeugung eines neuen Anspruchs aus der Erfüllung begrifflich unmöglich, weil kein Vertrag vorliegen kann; es fällt also nach dieser Ansicht selbstverständlich die Möglichkeit, ein Zurückbehaltungsrecht aus dem Erfüllungsakt herzuleiten.

Nehmen wir aber mit der herrschenden Lehre die Erfüllung als einen Vertrag an, so ist er doch nur ein einseitiger Vertrag, dessen Zweck und Inhalt lediglich die Leistung des Schuldverhältnisses bildet und auf der anderen Seite nur die Annahmeerklärung des Gläubigers erheischt.

Sind wirklich, wenn man das Zurückbehaltungsrecht aus der Erfüllung ableiten will, die Erfordernisse des § 273 gewahrt? Entspringt der schuldnerische Gegenanspruch, wenn er aus der Erfüllung resultieren soll, im Momente des Zahlungsangebots aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem die Verpflichtung beruht? Beruht die zugrundeliegende Verpflichtung etwa auf dem Erfüllungsakt? Die Hauptobligation, der zugrundeliegende Vertrag, mag es Darlehn, Kauf- oder Werkvertrag sein, enthält für den Schuldner die Verpflichtung. Bei Abschluß des Vertrages hat er seinen Verpflichtungswillen rechtlich gebunden; nicht erst in dem Leistungsakte, der Erfüllung des Verpflichtungswillens selbst.

Die Darlehnsleistung z. B., um den gewöhnlichsten Fall herauszugreifen, und diejenige, gegen deren Empfang der Gläubiger zur Rückgabe des Schuldscheins verbunden ist, sind identisch. Die Verpflichtung zur Rückgabe des Scheines und die Verpflichtung zur Darlehnsleistung haben ihre gemeinsame Grundlage im Darlehnsvertrag.

Wir müssen daher als logische Folgerung der Anerkennung eines Zurückbehaltungsrechts im Gesetz auch folgern, daß nicht

erst im Momente des Zahlungsangebots der Anspruch auf Rückgabe des Scheines fällig wird, sondern bereits mit der Fälligkeit der Leistung aus dem Hauptvertrag.

Es handelt sich weniger um die Sicherung eines Verpflichteten, wie in den Fällen, in denen der Schuldner das Recht hat, seine Leistung bis zur Sicherheitsleistung zurückzubehalten — hier sind nur Einrederechte gegeben —, als vielmehr um die Sicherung des Anspruchsberechtigten, wie es im Wesen des Zurückbehaltungsrechts begründet liegt, des Schuldners, der den Rückgabeanspruch geltend macht. Dem Schuldner soll zur Sicherung seines Rückforderungsanspruchs die Möglichkeit gegeben werden, seine Leistung, ohne in Leistungsverzug zu kommen, zurückzubehalten, bis ihm der Schuldschein zurückgegeben ist.

Das Zurückbehaltungsrecht wird einen heilsamen Druck auf den säumigen Gläubiger zur Herbeischaffung des etwa verlegten oder gar veräußerten Scheins ausüben. Der Anspruch auf Schuldscheinsrückgabe ist entstanden mit dem Hauptvertrag und fällig mit der Fälligkeit der Leistung, nicht erst mit dem Angebot desselben.

Wie steht es aber, da der Anspruch doch fällig ist, mit seiner Klagbarkeit?

Kann man dem Schuldner das Recht geben, auf Rückgabe des Schuldscheins zu klagen gegen Erfüllung seiner Leistung?

Ein Blick auf § 371 in Verbindung mit § 368 läßt diese Frage entschieden verneinen.

Die Geltendmachung des Rückforderungsrechts ist gesetzlich in der Weise bedingt, daß es der Schuldner vor der Erfüllung nur in der Form des Zurückbehaltungsrechts geltend machen kann, daß er nach der Erfüllung aber einen klagbaren Anspruch auf Rückstellung des Scheines hat.

Insofern hat Schlegelberger, S. 141, recht, wenn er vom Schuldner bezüglich des Quittungsanspruchs, der ja in analoger Weise wie der Anspruch auf § 371 zu behandeln ist, sagt: „Einen Anspruch auf Erteilung der Quittung hat er vorderhand nicht. Er hat nicht etwa das Recht, Quittung gegen Zahlung zu verlangen.“

Das ist sicherlich richtig und liegt im Willen des Gesetzes. Es soll einmal dem Schuldner das Recht gegeben werden, die Leistung zu verweigern, wenn auf sein Verlangen der Schuldschein nicht zurückgegeben wird, ohne ihm schon zur Zeit der Fälligkeit des Gegenanspruchs einen klagbaren Anspruch zu verleihen, da es nicht im Interesse des Schuldners liegen kann, den Schuldschein vor der Leistung zu erhalten; er soll nicht der aggressive Teil sein; ihm soll nur die Möglichkeit geschaffen werden, seinen später auch klagbaren Anspruch zu sichern.

Eine Klage auf Rückgabe des Scheines nach der Fälligkeit der Leistung und damit der Fälligkeit des Gegenanspruchs kann vor der schuldnerischen Leistung nicht als geboten erscheinen, weil der Rückgabeanspruch nur akzessorischen Charakter trägt.

Die Hauptleistung aus der Quelle des Grundvertrages war der Gegenstand der Obligation, nicht der Nebenanspruch bei der Leistung bezw. nach der Leistung auf Rückgabe des Scheines.

Immerhin aber war der Ausbau dieses Gegenanspruchs in der Weise zu wählen, daß auch die Rechte des Gläubigers in genügender Weise gewahrt wurden, d. h. es genügte nicht die Fixierung eines einfachen Einrederechts, der verzögerlichen Einrede der Zurückbehaltung, sondern es sollte ein wahres Zurückbehaltungsrecht konstituiert werden mit der Wirkung, daß bei Klage des Gläubigers auf Erfüllung die Berufung auf die Zurückbehaltung der Leistung nur die Folge haben kann, daß eine Verurteilung Zug um Zug zu erfolgen hat, nicht etwa eine Abweisung. Gegen die Bedenken Breuers, daß nur der Verpflichtete geschützt werden sollte, ist zu sagen, daß gerade der Anspruch auf Rückgabe des Schuldscheins den Schutz des Anspruchsberechtigten bezweckt. Denn das volle Zurückbehaltungsrecht aus § 273 gewährt dem Schuldner einen ausreichenden Schutz, um den Gefahren, die mit einer unrechtmäßigen bewußten Zurückbehaltung des Scheines oder einem verschuldeten oder unverschuldeten Abhandenkommen desselben verbunden sind, vorzubeugen.

Anspruchsberechtigung und Schuldnerstellung sind jedoch derartig eng miteinander verbunden beim Rückforderungsanspruch, daß ein primäres Klagerecht auf Rückstellung des Scheines dem Schuldner nicht zuerkannt werden konnte, vielmehr erst die volle Befriedigung des Gläubigers als Hauptberechtigten herbeigeführt werden muß, weil dies Zweck und Ziel des Vertrages war.

Erwähnt sei noch, daß auch der Schuldner kein selbständiges Recht auf Abnahme hat, und schon deshalb ein selbständiges Recht vor der Leistung versagt.[1])

2. Aus der Anerkennung der zu vertretenden Umstände bei Unmöglichkeit der Leistung.

Wir sahen, daß bereits die Anerkennung des im Gesetz fixierten Zurückbehaltungsrechts den Grund des Schuldscheinsrückforderungsanspruchs aus dem zugrunde liegenden Hauptrechtsverhältnis herzuleiten verlangte. Eine weitere Berechtigung zu dieser Annahme ergibt sich aus folgendem: Die meisten Kommentatoren erörtern zu § 371 bei dem Anspruch auf Ausstellung eines Anerkenntnisses, bei Erörterung der Unmöglichkeit der Herausgabe des Schuldscheins, daß der Gläubiger von seiner Verpflichtung erst dann frei werde, wenn er nachweise, daß die Unmöglichkeit herbeigeführt sei durch von ihm nicht zu vertretende Umstände. So Dernburg zu § 371, S. 259: „Es ist nicht ausdrücklich entschieden, ob der Schuldner, um die Einrede des Zurückbehaltungsrechts wegzuräumen, beweisen muß, daß er infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes zur Rückgabe außerstande ist."

Auch Schollmeyer führt bei Auseinandersetzung des Verhältnisses zwischen Anspruch auf Anerkenntnisschein und Anspruch auf Rückgabe, soweit es uns interessiert, aus: „Deshalb ist der Schuldner berechtigt, die Annahme des Mortifikationsscheins zu verweigern, auf der Rückgabe des Schuldscheins zu bestehen, und bis dahin die von ihm angebotene Leistung zurückzuhalten. Tut der Schuldner dies, so hat der Gläubiger die Unmöglichkeit der Rückgabe des Schuldscheins

[1]) Vgl. auch bei Schollmeyer, Anm. 2 zu § 410.

infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes zu beweisen.[1])

Der Anspruch auf Rückgabe des Schuldscheins war nach herrschender Lehre mit dem Angebote der Leistung fällig. Liegt das Leistungsangebot eine geraume Zeit nach der Fälligkeit der Hauptschuld, so ist es selbstverständlich, daß, da es sich um einen obligatorischen Anspruch handelt, von zu vertretenden Umständen gesprochen wird.

Liegt aber das Leistungsangebot, wie das der Regelfall sein wird, in gleichem oder doch fast gleichem Zeitpunkte, wie die Fälligkeit der Hauptleistung, dann müssen die erwähnten Verschuldensfälle, das Vertreten des Gläubigers für von ihm verschuldete Unmöglichkeit, vor dem Zeitpunkte der Fälligkeit der Hauptleistung eingetreten sein.

Es muß daher, wenn man den Gläubiger für sein Tun zur Verantwortung ziehen will, das obligatorische Band zwischen Gläubiger und Schuldner bereits früher geknüpft sein.

Das kann aber kein anderer Zeitpunkt sein, als der des Abschlusses des Hauptvertrages oder Hauptschuldverhältnisses.

Es ist somit auch aus der fast einstimmigen Annahme einer vom Gläubiger zu vertretenden Unmöglichkeit, auf die Grundlage des Rückgabeanspruchs zu schließen, und zwar kann diese keine andere als das zugrunde liegende Schuldverhältnis sein.

3. Aus Analogie beim Pfandrecht und der Rückgabe der Vollmachtsurkunde.

Dies ergibt sich auch aus der Analogie zweier im Bürgerlichen Gesetzbuch ganz ähnlich geordneter Tatbestände.

Es sind dies die §§ 175, 1223, die Rückgabe der Vollmachtsurkunde nach dem Erlöschen der Vollmacht und die Rückgabe des Pfandes nach dem Erlöschen des Pfandrechts betreffen.

---

[1]) In demselben Sinne auch Matthiaß, S. 232, Oertmann, Planck a. a. O.

In § 1223 heißt es: „Der Pfandgläubiger ist verpflichtet, das Pfand nach dem Erlöschen des Pfandrechts dem Verpfänder zurückzugeben.“ Mit der Einigung über Entstehung des Pfandrechts und der Übergabe der Pfandsache an den Verpfänder entsteht unter den notwendigen sonstigen Voraussetzungen, die zur Begründung eines Pfandrechts erforderlich sind, nämlich vor allem bei Vorhandensein einer durch das Pfand zu sichernden Forderung einmal das Pfandrecht an der Sache, sodann aber auch zugleich mit der Begründung des Pfandrechts die obligatorische Verpflichtung, das Pfand nach Erlöschen des Pfandrechts zurückzugeben. Die Begründung des Pfandrechts erzeugt also zu gleicher Zeit für den Verpfänder die obligatorische Bindung zur Rückgabe der Pfandsache.

Genau so liegt es bei einer Forderung, über die ein Schuldschein ausgestellt ist. Mit der Begründung der Forderung, mit dem zugrunde liegenden Hauptvertrage entsteht ipso jure die Verpflichtung zur Rückgabe des Schuldscheines bei Erfüllung, d. h. bei Erlöschen des Schuldverhältnisses.

In vergleichende Beziehung zu setzen sind also Pfandrecht und Forderung einerseits, Verpflichtung zur Rückgabe der Pfandsache und zur Rückstellung des Schuldscheines andererseits.

Das Pfandrecht ist ein akzessorisches dingliches Recht an einer Sache zum Zwecke der Befriedigung aus dem Pfande bei Fälligkeit der Forderung. Der Pfandgläubiger hat keine weitergehenden Befugnisse an der Pfandsache, als die, welche den Zwecken des Pfandrechts entsprechen, nämlich die der späteren Befriedigung aus der Pfandsache. Er darf daher nicht über die Sache verfügen und ist mit der Begründung des Pfandrechts bereits obligatorisch gehalten, die Pfandsache nach dem Erlöschen des Pfandrechts zurückzugeben. Wäre dieser Anspruch nicht gegeben, dann würden nur Bereicherungsansprüche entstehen. Das Gesetz hat aber bei Begründung des Pfandrechts ebenso sehr die Interessen des Gläubigers, der Befriedigung aus der Sache suchen will, im Auge, als die Interessen des Schuldners oder vielmehr des Verpfänders — es ist nicht unbedingt nötig, daß der Schuldner und Ver-

pfänder identisch sind —, der stets der Gefahr eines unrechtmäßigen Verhaltens von seiten des Pfandgläubigers ausgesetzt sein würde, wenn kein obligatorisches Band von Anfang an mit der Begründung des Pfandrechts bestünde.

Das beruht aber auf dem Akzessoritätsverhältnis von Forderung und Pfandrecht und der dasselbe darstellenden Pfandsache. Mit dem Erlöschen der Forderung (dem Regelfall des Erlöschens des Pfandrechts) soll auch die Pfandsache nicht mehr in Händen des Pfandgläubigers sein, sondern in Händen dessen, der die meisten Interessen an der Pfandsache hat, und das ist nur der Verpfänder. Die Rückgabe der Pfandsache konnte aber dem Wesen des Pfandrechts entsprechend nur auf Grund eines obligatorischen Bandes, das Schadenersatzanspruch für Verschulden sicherte, erreicht werden.

Ganz analog liegen die Verhältnisse beim Schuldschein und der Forderung. Aus dem akzessorischen Verhältnis und dem Wesen des Schuldscheins, nur als eines Beweismittels für eine bestehende Forderung, ergab sich als logische Konsequenz die Bindung des Gläubigers zugleich mit der Begründung der Forderung.

Was im Verhältnis zwischen Pfandgläubiger und Verpfänder das Pfandrecht bedeutet, entspricht bei einer Forderung, für die ein Schuldschein ausgestellt ist, die Forderung; der Hingabe der Pfandsache die Hingabe des Schuldscheins. Auch der Gläubiger darf keine andere Verfügung über den Schuldschein vornehmen, als diejenige, welche zum Beweise der Forderung unumgänglich nötig ist. Der Schuldschein kann daher nur mit der Forderung übertragen werden; eine Verfügung über den Schuldschein allein macht den Gläubiger für den Schaden, der dem Schuldner daraus erwächst, haftpflichtig.

Kein geringerer als Koch[1]), der Kommentator des allgemeinen Landrechts, hat schon auf die Analogie mit dem Pfandrecht hingewiesen. Er leitet den Anspruch auf Rückgabe des Schuldscheins entgegen der schon erwähnten Entscheidung des Obertribunals (Str.-Arch. 70, 229), die überhaupt

[1]) Kommentar zum ALR., Bd. 2, S. 363.

keine Obligation in der Rückgabeverpflichtung erblicken wollte, aus der zugrunde liegenden Hauptforderung her.

„Jede Obligation ist die Folge irgendeiner Handlung; die dem Zahlung nehmenden Gläubiger obliegende Verpflichtung ist analog der Verbindlichkeit des Pfandgläubigers zur Rückgabe des Pfandes; sie gehört dem modernen Rechte an, im römischen Recht kannte man eine solche nicht, das Papier- und Urkundenzeitalter, in welchem wir jetzt leben, hat diese Verbindlichkeit des Gläubigers zu einer Art Gegenleistung gemacht, welche zur vollständigen Tilgung der Hauptobligation notwendig geworden ist."

Die Gegenausführungen von Rathjens, S. 62, der Vergleich mit dem Anspruch auf Rückgabe des Pfandes sei nicht durchführbar, weil der letztere aus dem Pfandvertrage resultiere, und ebenso die Ausführung von Möller-Holtkamp, S. 15: „Die Analogie ist nicht überzeugend; denn der Anspruch auf Rückgabe des Pfandes wäre dem Pfandvertrag entsprungen und nicht dem Hauptvertrage, dem in unserem Falle der Akt der Leistung entspräche", beruhen auf einer falschen Durchführung der Analogie.

Nicht Hauptvertrag, die durch Pfand zu sichernde Forderung, einerseits, und Leistung andererseits sind in vergleichende Beziehung zu setzen, sondern Pfandvertrag und das dem Rückforderungsanspruch zugrunde liegende Hauptgeschäft.

Ebenso wie das Pfandrecht die Rückgabeverpflichtung der Pfandsache zur Folge hat, so ist auch nach § 175 die Verpflichtung des Bevollmächtigten gegenüber dem Vollmachtgeber zur Rückgabe der Vollmachturkunde der Erteilung der Vollmacht entsprungen. Das einseitige Rechtsgeschäft der Vollmacht in Verbindung mit der Aushändigung der Vollmachtsurkunde ist imstande, die Rückgabeverpflichtung zu erzeugen. Nicht erst das Erlöschen der Vollmacht ruft dies hervor (vgl. Planck zu § 175). Auch diese Analogie bestätigt unsere Auffassung, daß die Quelle des Rückforderungsanspruchs das ursprüngliche Schuldverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner ist.

4. Aus der Einstellung in den Titel „Erfüllung".

Schon Koch hatte darauf hingewiesen, daß die Verbindlichkeit des Gläubigers zur Rückgabe des Scheines zu einer Art Gegenleistung gemacht sei, welche zur vollständigen Tilgung der Hauptobligation notwendig geworden sei. Diese Auffassung finden wir bestätigt, wenn wir die Stellung des § 371 näher ins Auge fassen. Der § 371 ist dem Titel „Erfüllung" als letzter Paragraph eingeordnet.

Wenn die herrschende Lehre die Bedeutung und die Quelle des § 371 in der stattgehabten Erfüllung erblickt und argumentiert, das Erfüllungsgeschäft erzeuge als besonderen vom Gesetz aufgestellten Anspruch den Anspruch auf Rückgabe des Scheines, so drängt sich vielmehr eine andere Auslegung auf. Wenn das Gesetz in dem Titel „Erfüllung" es für notwendig erachtet hat, besondere Vorschriften über die Rückgabe eines Schuldscheins vorzusehen, so will es der Auffassung vorbeugen, daß allein schon mit der reinen Tatsache der Erfüllung, der Zahlung, die Schuld getilgt sei. Nicht das sei, so meint das Gesetz, bereits eine Erfüllung der Schuld, wenn der Gläubiger seine Zahlung in Empfang genommen habe, sondern nur darin könne die richtige vollkommene Erfüllung, die erst das Erlöschen des Schuldverhältnisses herbeizuführen geeignet sei, bestehen, daß der Gläubiger auch den ihm übergebenen Schuldschein wieder dem Schuldner zurückstelle.

Das Gesetz knüpft an die Tatsache der Hingabe eines Schuldscheines in Verbindung mit der Begründung des Schuldverhältnisses, z. B. eines Darlehns an und leitet daraus die Rechtsfolgen ab. Der Wille des Gesetzes wäre dann etwa so zu formulieren: Ist bei einem Schuldverhältnis z. B. bei einem Darlehn von des Schuldners Seite ein Darlehnsschein ausgestellt, so entspringt aus dem Darlehnsvertrage und der Hingabe des Schuldscheins die rechtliche Folge, daß der Gläubiger gegen Empfang der ihm gebührenden Darlehnsleistung als eine Gegenleistung bei der Erfüllung den Schuldschein zurückzugeben hat.

Erst dann ist das Schuldverhältnis erloschen, bis dahin aber ist noch nicht alles in Ordnung. Bleibt der Schuldschein noch

bei der Tilgung in den Händen des Gläubigers, so ist der Gläubiger seiner Verpflichtung, die er bereits mit Eingehung des Schuldverhältnisses mit übernommen hatte, noch nicht nachgekommen; der Schuldner hat also trotz der Erfüllung noch einen Anspruch darauf. Die Hauptverbindlichkeit mag zwar getilgt sein, aber die Nebenverpflichtung des Gläubigers gegenüber dem Schuldner steht noch aus.

Daß diese Deduktion aus dem Gesetze selbst mit Deutlichkeit hervorgeht, lehrt ein Blick auf den Satz 2, der besagt: „Behauptet der Gläubiger zur Rückgabe des Schuldscheins außerstande zu sein, so kann der Schuldner das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis verlangen, daß die Schuld erloschen sei.

Wozu dieser Anspruch auf Ausstellung eines Anerkenntnisses, wenn doch mit der Leistung der Obligation diese doch ihren Hauptzweck, die Befriedigung des Gläubigers, erreicht hat?

Deshalb ist dieser Anspruch noch gegeben, weil das Gesetz selbst in der nackten Tatsache der Erfüllung eben nicht eine geordnete, den Interessen des Schuldners auch entsprechende Lösung des Schuldverhältnisses sieht, sondern es für angemessen erachtet, dem Schuldner bei Behaupten der Unmöglichkeit der Herausgabe des Schuldscheins einen weiteren Sicherungsanspruch zu gewähren.

Der Gesetzgeber erkennt selbst den Mangel der Erfüllung und den Mangel der Verpflichtung des Gläubigers in dem Anordnen eines neuen Anspruchs an. Stammler[1]) weist darauf hin, daß der § 362, „Das Schuldverhältnis erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird“ in seiner Fassung wohl immer nicht ganz das richtige Sachverhältnis träfe; denn „dasjenige, was durch eine Leistung aus der Welt geschafft werde, sei nicht sowohl das Schuldverhältnis als solches, sondern vielmehr die einzelne ihm entspringende Forderung“. „Ein Schuldverhältnis trägt nicht immer die Bestimmung in sich, durch eine vom Schuldner vorzunehmende Handlung getilgt, durch eine Leistung, auf die es geht, irgendwann einmal vernichtet zu werden.“

[1]) Schuldverh. S., 214, 215.

Wenn eine Hauptleistung in einem Schuldverhältnis ins Auge gefaßt sei, so könnten daneben aus diesem heraus Einzelansprüche entspringen, die ihrerseits durch besondere Leistungen getilgt sein wollten.

Insbesondere begreife der Begriff „Geben" das Verschaffen einer rechtlichen Stellung in sich und stelle in verschiedenen Fällen verschiedene Anforderungen und könne nur als zusammengesetzte Leistung erachtet werden.

So handelt es sich auch bei der Erfüllung eines Schuldverhältnisses, bei dessen Eingehen ein Schuldschein ausgestellt war, nicht einfach um die Leistung der Hauptobligation. Diese kann nur die Hauptforderung, nicht aber das ganze Schuldverhältnis zum Erlöschen bringen.

Dem Schuldner ist damit noch nicht die rechtliche Stellung verschafft, die ihm gebührt. Mit der Erfüllung der Hauptobligation haben sich die Interessen am Schuldschein umgekehrt. Überwogen bei der Begründung des Schuldverhältnisses die Interessen des Gläubigers und hatten zur Folge, ihm den Schuldschein auszuhändigen, ja ihm sogar Eigentum am Schuldschein zu verschaffen, so sind jetzt nach der Leistung die Interessen des Schuldners des rechtlichen Schutzes wert.

Erst mit vollendeter Rückgabe des Schuldscheins kann denn auch das Schuldverhältnis, die durch die Eigenart der jeweiligen rechtlichen Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner geschaffene Rechtslage, als erloschen gelten, weil dann nun auch dem Schuldner die ihm gebührende rechtliche Stellung gewährt ist. Weil der Tilgungswille auf der einen Seite nicht genügend zum Ausdruck kommt, ist so lange keine Erfüllung der obligatio vorhanden, solange der Gläubiger den Schuldschein besitzt. Die Schuldscheinsrückgabe ist ein wesentlicher Bestandteil der Erfüllung. So betrachtet auch Dilloo[1]) den analog im Gesetz behandelten Quittungsanspruch: Wenngleich durch die materielle Leistung die Obligation ihren Zweck erreicht hat, so wird doch im Verkehr die Obligation für noch nicht ganz mit allen Wurzeln

[1]) S. 82.

ausgerottet gehalten, solange die Tilgung nur durch einseitige Leistung geschah.

Es erhellt daher auch, daß Bereicherungsansprüche gegen den Gläubiger, der nach der Leistung noch im Besitze des Schuldscheins ist, nicht geltend gemacht werden können, weil eben der Anspruch noch aus der Obligation folgt.

5. Aus dem Zweck.

Wir hatten als ein schutzwürdiges Interesse des Schuldners an der Rückgabe bereits erwähnt, daß der Schuldner mit dem Schuldschein in der Hand den Beweis der Schuldtilgung führen könne.

Doch mit der Natur des Beweismittelanspruchs ist der Charakter des Schuldscheinanspruchs noch nicht in genügender Weise gekennzeichnet. Rehbein (zu § 371 S. 284) bemerkt, daß der Schuldschein in den Händen des Schuldners allein keinen Beweis der Tilgung liefere und die bereits besprochene Entscheidung des Obertribunals (Str.-Arch., Bd. 70, S. 229, Nr. 43) enthält den Passus: „Eine Zahlung ist auch anderweit zu erweisen."

Nicht darin allein liegt der Zweck des Rückforderungsanspruchs, dem Schuldner ein Beweismittel in die Hand zu geben — dazu dient der Quittungsanspruch — sondern darin, zu vermeiden, daß der Schuldschein zu anderen Zwecken als zu denen der Beweisführung benutzt wird. Das ist die Pflicht des Gläubigers während des Bestehens des Schuldverhältnisses.

Die Tatsache des Besitzes und die Bestimmungen des § 952 verleihen dem Gläubiger eine weitgehende Verfügungsmöglichkeit. Es ist ihm ein leichtes, den Schuldschein ohne die Forderung zu veräußern, für den Schuldschein, wenn er vielleicht selbständigen Wert besitzt, wie beim Autogramm oder bei der Schuldurkunde, die auf einen besonders wertvollen Gegenstand, z. B. Silberplatte, kostbaren Ring, wertvolles Buch gesetzt ist, einen Ersatzwert einzutauschen. Ob ihm das Eigentum nach § 952 dazu das Recht verleiht oder nicht, soll hier jetzt nicht untersucht werden und bedarf an späterer Stelle eingehender Erörterung. Jedenfalls aber können

durch die Verfügungen des Gläubigers über den Schuldschein dem Schuldner viele Gefahren erwachsen. Die Gefahr der nochmaligen Zahlung der bereits getilgten Schuld ist, solange der Gläubiger oder ein Dritter noch im Besitze des Schuldscheins ist, für den Schuldner stets gegeben.

Dieser Gefahr und ihren Folgen konnte das Gesetz in keiner wirksameren Weise begegnen, als daß es von vornherein den Gläubiger obligatorisch band, den Schuldschein zurückzugeben, d. h. ihm jegliche Verfügung während des Schuldverhältnisses und auch noch nach Tilgung der Hauptschuld verbot.

Lediglich dann, wenn dem Schuldner das Recht zugestanden wird, bereits vom Beginne des Hauptschuldverhältnisses an die Rückgabe zu fordern, ist er auch gegen die Gefahren des Mißbrauchs, gegen das Drohen des Schadens und gegen den eingetretenen Schaden gesichert.

Nur in der Weise wird der Schuldnerschutz, der dem Schutz des Gläubigers ebenbürtig zur Seite steht, in ausreichender Form gewährt. Den Gefahren, die der Mißbrauch des Schuldscheins in sich birgt, vorzubeugen, das ist der Hauptzweck des § 371.[1])

Daher mußte die Haftung für Schaden und für Ersatz, den der Gläubiger durch Verfügung über den Schuldschein erwerben kann, bereits mit der Begründung des Schuldverhältnisses einsetzen.

Was nützt dem Schuldner, wenn wir die Entstehung des Anspruchs unter dem Gesichtspunkt des Zweckes betrachten, ein Anspruch, der erst aus der Erfüllung abgeleitet wird?

In den praktisch meisten Fällen wird bereits die Verfügung über den Schein, wenn der Gläubiger kein Vertrauensmann ist, geschehen sein, wenn der Schuldner seine Verbindlichkeit begleichen will. Entsteht ihm dann später infolge der vorsätzlichen oder fahrlässigen, also schuldhaften Verfügung des Gläubigers verbunden mit der schuldhaften

[1]) Hedemann, S. 90; Staudinger, Anm. 1 zu § 371; Schollmeyer, ebenda.

oder nicht schuldhaften nochmaligen Einforderung des Dritten ein Schaden, so bliebe eine Verpflichtung des Gläubigers außer Betracht; denn seine Haftung beginnt ja nach der Erfüllungstheorie erst von der Erfüllung an. Der Schuldner hätte also das Nachsehen und wäre in den meisten Fällen nicht geschützt.

Jedenfalls wäre ihm ein Anspruch aus § 371 entzogen. Eine Möglichkeit, den Gläubiger haftbar zu machen, könnte man nur aus § 826 ableiten. Die Voraussetzungen dieses Anspruchs werden jedoch in vielen Fällen nicht immer vorhanden sein.

Nach § 826 ist derjenige, der einem anderen in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zufügt, dem anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet.

§ 826 verlangt sowohl vorsätzliches Verhalten als auch den auf den Schaden gerichteten Vorsatz. Es scheiden also alle diejenigen Fälle aus, in denen dem Gläubiger nur Fahrlässigkeit zur Last fällt.

Nehmen wir z. B. an, der Gläubiger hat den Schuldschein unverschlossen, also fahrlässigerweise in seinem Schrank aufbewahrt; er wird ihm gestohlen, weil allein die günstige Gelegenheit des unverschlossenen Schrankes den Dieb bewog, und später fordert der Dieb die bereits gezahlte Schuld noch einmal vom Erben des Schuldners oder von einem neu im Geschäft angestellten Prokuristen, der von einer Begleichung der Schuld nichts wußte, ein. Hier können die Anhänger der Erfüllungstheorie dem Schuldner nicht einmal aus § 826 einen Anspruch gegen den Gläubiger zubilligen, und den Schuldner nur anweisen, sich an den Dritten zu halten. Aber selbst von dem Dritten wird nicht immer der Schadenersatz zu erlangen sein; nämlich dann nicht, wenn den Dritten kein Verschulden trifft. Hatte beispielsweise der Gläubiger einem Dritten, seinem Freunde, den Schuldschein zur Verwahrung gegeben; der Dritte stirbt, wird von seinem Sohne beerbt, der in gutem Glauben, weil er annimmt, die Forderung sei seinem Vater rechtsmäßig zediert worden, nunmehr auf vorher angegebene

Weise auf Grund des Schuldscheins die angebliche Forderung trotz erfolgter Zahlung eintreibt.

Auch hier hat der Schuldner das Nachsehen, wenn er nicht Zahlung beweisen kann.

§ 826 fordert aber zum zweiten einen Vorsatz, der auf den Schaden des Schuldners gerichtet ist. Ob dies nun immer bei vorsätzlicher Verfügung über den Schuldschein zutrifft, steht sehr in Frage. Oft wird es dem Gläubiger mehr auf die Verfügung als auf ein schädigendes Verhalten ankommen. So wird also auch hier der Schuldner unentschädigt bleiben.

Hatte der Gläubiger einen vermögenswerten Ersatz für den Schuldschein durch die Verfügung erlangt, dann kann nach der Erfüllungstheorie der Schuldner lediglich Bereicherungsansprüche geltend machen; ist aber auch wiederum dann geprellt, wenn eben keine Bereicherung mehr vorliegt, während bei unserer Annahme ein Anspruch nach § 281 stets auf das anfängliche Schuldverhältnis zurückzuführen ist.

Der Schuldner wird, um überhaupt allen Fährnissen, die ihm drohen, zu entfliehen, stets am klügsten handeln, wenn er bis zum Beweise der Unmöglichkeit, die der Gläubiger nicht zu vertreten hatte, von seinem Zurückbehaltungsrecht an der Leistung Gebrauch macht. Wir können hier die Wichtigkeit des bereits oben erörterten Zurückbehaltungsrechts erkennen.

Für den Fall der Unmöglichkeit der Rückgabe kann sich der Schuldner durch ein Anerkenntnis sichern, das er vom Gläubiger begehrt.

Wie oft mag es vorkommen, daß ein solches Anerkenntnis nicht ausgestellt worden ist, oder daß das Beweismittel wieder verloren gegangen ist, auch eine Quittung vielleicht wegen ihrer generellen Fassung nicht die gewünschte Beweiskraft gegenüber dem Begehren des Pfandgläubigers auf Grund des Schuldscheins hat.

Der Schuldschein in der Hand eines Dritten wird stets ein wichtiges Indiz für das Bestehen der Forderung sein, und dem Schuldner wird es unter den angegebenen Umständen oft sehr schwer oder überhaupt unmöglich sein, die erfolgte Zahlung zu beweisen.

Daß der Schuldner stets gut daran tun wird, gleich beim Einfordern die Schuldurkunde mit zurückzuverlangen, werden folgende Beispiele klarlegen:

Denken wir z. B. daran, daß der Gläubiger beerbt worden ist; der Schuldner hat an den Gläubiger rechtzeitig gezahlt, ohne jedoch, weil er dem Gläubiger nicht mißtraut, die Schuldurkunde zurückzubegehren. Später wird der Gläubiger beerbt und der Erbe findet im Nachlasse einen Schuldschein vor und ist im guten Glauben, die Forderung sei noch ungetilgt. Wenn er nunmehr auf Grund des Schuldscheins vielleicht von einem nichts ahnenden Bevollmächtigten des Schuldners die Schuld gutgläubig zum zweiten Male eintreibt, so kann der Schuldner, der sich vielleicht ebenfalls aus Kulanz keine Quittung hat ausstellen lassen und der nun außerstande ist, die Zahlung zu beweisen, von den gutgläubigen Erben keinen Schadenersatz beanspruchen; denn den Erben traf kein Verschulden, als er die Forderung noch einmal eintrieb. Der Schuldner wird also hier selbst die Folgen zu tragen haben, weswegen er die Rückforderung des Scheines verabsäumt hat.

Ähnlich liegt der Fall, daß dem Zessionar bei Abtretung der Schuld die bereits erfolgte Zahlung verschwiegen worden ist und der Zedent inzwischen gestorben ist, die Forderung jedoch vom Zessionar noch einmal mit Erfolg beansprucht wird.

Weitere Beispiele, bei denen ein Verschulden des Gläubigers vorliegt, werden zeigen, wie leicht der Schuldner in die Lage kommen kann, auf Grund des noch in der Welt existierenden Schuldscheins in Anspruch genommen zu werden, wie ihn aber die richtige Auslegung des § 371 vor Schaden bewahrt. Fordert z. B., um den einfachsten Fall herauszugreifen, der Gläubiger, dem die Schuld bereits getilgt ist, von neuem von dem nichtsahnenden Erben des Schuldners auf Grund des, unter dem Vorwande gleich nach der Zahlung den einstweilen verlegten Schuldschein zurückzugeben, zurückbehaltenen Scheines die geschuldete aber bereits gezahlte Summe und kann der Erbe, weil der Erblasser vielleicht die älteren Quittungen ver-

nichtet hat, die Zahlung nicht beweisen, so steht dem Schuldner das Recht zu, Schadenersatz vom Gläubiger zu verlangen.

Genau so verhält es sich, wenn an Stelle des Gläubigers der Dritte, dem der Gläubiger die Urkunde verschenkt hatte, nun den Erben des Schuldners von neuem um den bereits von seinem Erblasser gezahlten Betrag schmälert.

Oder der Gläubiger hat mit einem Minderjährigen kontrahiert und nach Tilgung der Schuld durch den Vormund belästigt er von neuem mit dem zurückbehaltenen Schuldschein den bereits volljährig gewordenen Schuldner, der, auf eine Durchsicht vormundschaftlicher Papiere verzichtend, gutgläubig zum zweiten Male zahlt.

In diesen Beispielen gibt das schuldhafte Verhalten des Gläubigers dem Schuldner Berechtigung zur Schadenersatzforderung auf Grund des § 371.

Es handelte sich bisher nur um rein vermögensrechtlichen Schaden, der dem Schuldner durch unrechtmäßige Benutzung des Schuldscheins drohen kann und dessen Beseitigung § 371 ermöglicht.

Aber nicht nur vermögensrechtliche Interessen sind es, die der Schuldner an der Rückgabe seines Scheines hat, sondern auch Interessen immaterieller Natur, Interessen der Ehre, Interessen wirtschaftlicher und sozialer Art.

Der Schuldschein ist ein „Ehrenschein".

Einem Kaufmann, dessen Wohl und Wehe von seinem gesunden Kredit abhängig ist, kann kein größerer Schade angetan werden, als wenn ihm dieser untergraben wird. Dem Gläubiger aber, in dessen Händen sich vielleicht eine Unzahl Schuldscheine seines Schuldners befinden, ist es ein leichtes, den Konkurrenten seines Schuldners durch Vorzeigen dieser Scheine, deren Einlösung vielleicht mit Sicherheit bald bevorsteht, deren Vorhandensein in großer Zahl aber dem uneingeweihten Dritten ein falsches Bild über die finanzielle Lage des Konkurrenten verschafft, die bevorstehende Zahlungsunfähigkeit des Schuldners vorzutäuschen und so den Kredit, das Fortkommen, ja die Existenz des Schuldners zu vernichten.

Gerade deshalb ist es für den Schuldner so unendlich wichtig,

daß das obligatorische Band zwischen Gläubiger und Schuldner bereits mit dem Hauptvertrage festgeknüpft ist.

Es ist das Verdienst Hedemanns, S. 90ff., gewesen, auf die mannigfachen Gefahren hinzuweisen, die dem Schuldner begegnen können, und vor allem auf die Gefahren, die immaterielle Güter gefährden.

Mit dem Schuldschein gibt der Schuldner „ein Stück seiner Persönlichkeit" mit fort.

Hedemann bringt eine Anzahl Beispiele, die die mannigfaltigen Interessen des Schuldners an der Rückgabe des Scheines illustrieren sollen.

Der Gläubiger behält z. B. den Schein zurück, um das Papier dem Strafrichter auszuliefern, da in ihm ein Bestechungsversuch enthalten ist oder die betrügerische Führung eines falschen Namens zur Feststellung bringt.

Weiter: Der Schuldner, der den Schuldschein zur Bestechung hingegeben hat, beeile sich, um so bald wie möglich das Instrumentum sceleris den Augen der Mitwelt zu entziehen. Oder der Schuldschein enthalte eine Wucherklausel und dem Schuldner sei es darum zu tun, Vorwürfe gegen das Treiben des Gläubigers herzuleiten.

Es kann recht fraglich sein, ob alle hier angeführten Interessen, bei denen meist ein unsittliches oder doch ungesetzliches Verhalten des Schuldners zutage tritt, dessen Ausbeutung sich der Gläubiger zunutze machen kann, wirklich eines so intensiven rechtlichen Schutzes fähig sind. Uns scheinen diese angeführten Beispiele das Interesse des Schuldners in ungerechtfertigter Weise hervorzukehren.

Wenn wirklich ein Bestechungsversuch auf seiten des Schuldners vorlag, wenn er sich wirklich einen falschen Namen beilegte oder wucherische Geschäfte einging, nun, dann mag er seinen Leichtsinn selbst büßen, wenn durch den Gläubiger sein Verhalten zutage tritt. War sein unsittliches Verhalten ein derartiges, daß das Rechtsgeschäft durch seine Schuld zu einem unsittlichen und damit nichtigen wurde, dann kann die Rechtsordnung ihn auch insoweit nicht in Schutz nehmen, daß sie ihm ein Rückforderungsrecht aus § 371 zubilligt.

Er mag sich dann als Folge für seinen Leichtsinn mit Bereicherungsansprüchen begnügen, oder wenn durch die Handlungen des Gläubigers die Voraussetzungen des § 826 erfüllt sind, mag ihm § 826 helfen.

Zweck des § 371 kann es allein sein, den Schuldner vor Gefahren zu bewahren, die durch Mißbrauch des Schuldscheins als solchen, ohne Rücksicht auf begleitende, vielleicht den Schuldner belastende Nebenumstände bei der Hingabe desselben, die später vom Gläubiger ausgenutzt werden, durch Verschulden des Gläubigers herbeigeführt werden können oder herbeigeführt sind. Der Zweck des § 371 war ein weiterer Grund, den Anspruch auf die Quelle des Grundvertrages zurückzuführen.

6. Treu und Glauben.

Dies entspricht auch vollkommen den Grundsätzen von Treu und Glauben, deren Heranziehung für den Schuldscheinrückgabeanspruch durchaus geboten erscheint.

Sind doch die Grundsätze von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte ausdrücklich in das Gesetzbuch aufgenommen und zum gesetzten Recht gemacht, damit der Richter deren Anwendung nicht im gegebenen Falle übergehe.

§ 242 bestimmt: „Der Schuldner hat die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.“ Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte sind also stets bei Erwägung der Frage, ob eine Obligation vollkommen erfüllt sei, in Betracht zu ziehen.

Dieser Begriff ist nicht identisch mit der bona fides des römischen Rechts, nicht identisch mit den Forderungen der Moral, sondern er ist ein Maßstab für die Entscheidung.

Nach Stammler, S. 43, bedeutet Treu und Glauben „die Norm zur Entscheidung eines rechtlichen Streites, welche in einer besonderen Sachlage im Sinne des sozialen Ideals das Richtige angibt.“

Es soll, wie Stammler mit Recht ausführt, der Richter nicht nur nach dem subjektiven Ermessen und Wünschen der

einen Partei urteilen, sondern er soll fragen, „wie würde die Entscheidung sein, wenn jeder zugleich die Zwecke des anderen als die seinigen auch aufnähme“. Es gilt, einen objektiv richtigen Maßstab anzulegen, und dieser objektive Maßstab kann nur in der gerechten Abwägung des Rechtes und der Interessen beider Teile liegen.

Es darf nicht auf Grund des rein formellen Rechts die Stellung der einen Partei auf Kosten der anderen einen übermäßigen rechtlichen Schutz genießen.

Das würde aber bei einer strengen Auslegung des § 371, wenn man in der Erfüllung nur die tatsächliche bloße Erfüllung des Leistungsgegenstandes erblickt, der Fall sein. Viele Schriftsteller lassen das Schuldverhältnis, wie schon oft hervorgehoben, mit der Tatsache der Erfüllung erloschen sein und konstruieren dann erst aus der Tatsache der Erfüllung den neuen nach ihnen gesetzlichen Anspruch auf § 371.

Damit ist dem Gläubigerinteresse eine überwiegende Entscheidung beigelegt. Im Sinne einer gerechten Abwägung der Interessen beider Teile, des Gläubigers und des Schuldners ist es aber, wenn man unter Erfüllung hier auch die Rückgabe des beim Vertrag bereits hingegebenen Schuldscheins mit umfaßt, da es im Sinne des sozialen Ideals gerecht ist, den Gläubiger für schuldhaftes Verhalten von Anfang, vom Zeitpunkt der Vertragsschließung an, verantwortlich zu machen, weil, wie vorhin dargetan, die ratio legis eine solche Entscheidung erheischt.

In der Literatur ist unsere Auffassung, soweit die Kommentatoren überhaupt zu dieser Frage Stellung nehmen, vertreten von Koch, ALR. Bd. 2, S. 363, Dilloo, S. 82. Wir haben bereits an den einschlägigen Stellen die Ausführungen genau erörtert.

Zu erwähnen ist auch Scherer.[1]) Er hebt hervor, daß die Quittungspflicht des Gläubigers ein gesetzliches Akzessorium des Vertrages sei; der Gläubiger habe daher die Quittung dort auszustellen, wo er zu erfüllen habe.

[1]) Anm. 1 zu § 368.

Anklänge finden sich bei Hedemann, S. 88: „Wer einen Schuldschein bekommt, muß von vornherein an die spätere Rückgabe denken; es besteht die Anwartschaft eines anderen auf den Schein, dem hat der Gläubiger mit Sorgfalt Rechnung zu tragen.“ Auch S. 96 bei Erörterung des Anerkenntnisanspruches heißt es schärfer: „Der Surrogatanspruch leitet seine innere Berechtigung von dem obligatorischen Bande her, das nur zwischen Gläubiger und Schuldner geknüpft war. Der Gläubiger hatte im Rahmen des Schuldverhältnisses eine Art von Gewährleistung für spätere Rückgabe des Schuldscheins übernommen. In demselben Sinne Rathjens, S. 106; allerdings im Widerspruch mit seinen vorigen Ausführungen, die den Rückgabeanspruch aus der Erfüllung ableiten.

In der Rechtsprechung hat eine Entscheidung des Reichsgerichts[1]) bei Beurteilung des Quittungsanspruchs, der nicht aus dem Vertrage herzuleiten sei, sondern auf Gesetz beruhe, erwähnt, daß anders vielleicht die Rückgabe des Schuldscheins zu behandeln sei.

Ganz scharf und unzweideutig spricht sich eine Entscheidung des Obertribunals (Str.-Arch. Bd. 90, S. 336) gegen die Erfüllungstheorie aus. „Die Pflicht zur Quittungsleistung[2]) ist mit dem Recht Zahlung zu fordern untrennbar verbunden, Rechte und Pflichten treffen in denselben Personen, dem Gläubiger und dem Schuldner zusammen. Sie haben beide ihren Grund in dem zur Zahlung verpflichtenden Ereignisse und beziehen sich auf die Erfüllung der Obligation, und da der Ausdruck Gläubiger nichts weiter bedeutet als den aus einem Schuldverhältnis Berechtigten, so ist auch der Schuldner einer Zahlung in bezug auf sein Recht, Quittung zu fordern, Gläubiger des zum Zahlungsempfang Berechtigten.“

Es schuldete in dem in der Entscheidung behandelten Falle der Rechtsvorgänger der Klägerin 1000 M. aus einem Überlassungsvertrage. Die Entscheidung führt aus, es sei also

[1]) Bd. 28, S. 434.

[2]) Wir hatten schon oft zu erwähnen Gelegenheit, daß Quittungs- und Rückgabeanspruch des Schuldscheins Parallelerscheinungen sind.

schon durch diesen Überlassungsvertrag die Berechtigung des Unternehmers begründet, gegen Zahlung Quittung zu fordern.

c) Vorteile unserer Theorie.

Die Auffassung, daß aus der Quelle des Vertrages gleichzeitig der Rückforderungsanspruch entspringe, bietet gegenüber der Erfüllungstheorie manche sichtlichen Vorteile.

Wir wollen den ersten Vorteil an einem Beispiel erläutern.

Ein berühmter Sänger, der sich großer Beliebtheit erfreut, auch große Einnahmen hat, trotzdem aber an Geldmangel leidet, borgt sich an einem lustig verlebten Abende vom Restaurateur 200 M. und stellt ihm darüber einen Schuldschein aus. Als der Sänger am Fälligkeitstage zurückzahlen will und den Schuldschein herausverlangt, erbietet sich der Restaurateur, dem Sänger ein öffentlich beglaubigtes Anerkenntnis auszustellen, daß die Schuld erloschen sei. Denn er habe den Schein, nicht die Forderung, auf Drängen eines Autographenhändlers diesem für 300 M. überlassen. Nehmen wir an, der Schuldschein ist beim Autographenhändler nicht mehr vorzufinden, er ist gestohlen oder verbrannt.

Der Schuldner des Darlehns, der Sänger, begehrt nun vom Restaurateur die 300 M., und zwar rechnet er wegen der von ihm selbst geschuldeten 200 M. auf, die übrigen 100 M. verlangt er bar. Kann er dies?

Nach unseren Darlegungen zweifellos. Der Sänger hatte bei Fälligkeit des Darlehns das Recht, die Schuldurkunde zurückzufordern. Diese war wegen ihrer autogrammatischen Bedeutung vom Restaurateur veräußert worden; da sie vom Autographenhändler selbst nicht mehr zu bekommen war, so lag auf seiten des Gläubigers des Darlehns, des Schuldners des Rückgabeanspruchs, eine Unmöglichkeit der Leistung vor, die der Restaurateur zu vertreten hatte, da er die Veräußerung nicht vornehmen durfte; denn er war bereits mit Abschluß des Darlehnsvertrages obligatorisch gebunden, die Schuldurkunde zurückzugeben.

Der Sänger fordert deshalb mit Recht nach § 281 BGB.

das stellvertretende commodum, indem er mit seiner Darlehnsschuld wegen der 200 M. aufrechnet und nunmehr nur 100 M. in barer Summe verlangt.

Nach der Erfüllungstheorie dagegen würde der Sänger gegenüber dem Restaurateur keinen Anspruch aus einer obligatorischen Bindung heraus herleiten können, ja nicht einmal die Bereicherungsklage anstellen können. Denn als der Restaurateur über die Schuldurkunde verfügte, war er ja Eigentümer der Urkunde und als solcher verfügungsberechtigt, jedenfalls dem Schuldner nicht zum Ersatze des durch die Verfügung Erlangten verpflichtet; denn es handelte sich nicht um eine solche Verfügung, die dem Berechtigten gegenüber wirksam sein konnte.

Das ist der einschneidendste Unterschied und so verhält es sich auch mit Schadenersatzansprüchen.

Ein weiterer Vorteil ist der, daß der Schuldner seine Ansprüche nicht sowohl an dem Wohnsitze des Gläubigers klageweise geltend machen kann, sondern auch im Gerichtsstande der Erfüllung klagen kann.

Da der Anspruch des Gläubigers aus dem Hauptvertrage auf den Erben übergeht, bei der Zession auf den Zessionar, auf den Nachlaßverwalter, Testamentsvollstrecker und alle Güterverwalter, so trifft auch sie als Schuldner des Rückgabeanspruchs die Pflicht zur Beobachtung der üblichen Diligenz für Vorsatz und Fahrlässigkeit, und der Schuldner ist z. B. bereits mit dem Erbfalle Nachlaßgläubiger geworden, kann sich also sowohl an den Nachlaß als an das Privatvermögen des Gläubigers halten, kann insbesondere auch seine Forderung im Gerichtsstande der Erbschaft geltend machen. — Ist über das Vermögen des Gläubigers der Konkurs ausgebrochen, so kann der Schuldner als Konkursgläubiger seine Forderung anmelden, und auch der Konkursverwalter hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Er hat also Ansprüche an die Masse, während er diese nach der Erfüllungstheorie nicht haben würde.

V. Subjekte des Rückforderungsanspruchs.

a) Aktivlegitimation und Abtretbarkeit des Anspruchs.

Nachdem wir die Grundlage und Natur des Rückforderungsanspruchs erörtert haben, ist es notwendig, nun auf die Subjekte des Anspruchs auf der Gläubiger- und auf der Schuldnerseite, auf die Aktiv- und Passivlegitimation näher einzugehen, da auch dies nicht unstreitig geblieben ist.

Wer ist aktiv zur Klage legitimiert, wer ist der richtige Gläubiger des Rückforderungsanspruchs? Der Schuldner allein oder auch der zahlende Dritte, der, ohne Schuldner zu sein, nur die Erfüllung für den Schuldner übernommen hat? Hedemann führt S. 75/78 aus, daß auch dem zahlenden Dritten generell ein Anspruch auf Rückgabe des Scheines zusteht.

Er geht zunächst von einigen Einzelgruppen aus, bei denen dem zahlenden Dritten ein entsprechendes Recht eingeräumt sei. Als erstes erwähnt er die Schuldübernahme, bei der ohne weiteres ein Übergang zu konstatieren sei, denn hier sei ja der Dritte „Schuldner". Sodann geht er zweitens auf § 268 ein, das Recht auf Befriedigung des Gläubigers durch einen Dritten bei Gefahr des Verlustes eines eigenen Rechts bei drohender Zwangsvollstreckung in das Schuldnervermögen. Hier gehe die Forderung auf den Dritten über auf Grund des Gesetzes. Dann erörtert er drittens die Erfüllungsübernahme.

Der Schuldner sei nicht gehindert, seinen Anspruch aus § 371 abzutreten. Ein solcher stillschweigender Abtretungsvertrag sei regelmäßig in der Erfüllungsübernahme enthalten. Der Parteiwille sei hier darauf gerichtet, dem Dritten an Stelle des eigentlichen Schuldners das Rücknahmerecht des § 371 einzuräumen.

Der Unterschied zwischen Erfüllungsübernahme und Schuldübernahme würde sich im Einzelfalle schwer ergründen lassen und die zur Erzeugung der Schuldübernahme erforderliche Genehmigung des Gläubigers fließe ohne klare Scheidung in die Erklärung der Bereitwilligkeit des Gläubigers, die vom

Dritten dargebotene Leistung anzunehmen, über. Sollte man sich jedoch gegen eine solche Verwischung der Grenzen wehren, so sei es dem Dritten ein leichtes, sich die Genehmigungserklärung des Schuldners nachträglich zu holen; und in wenigen Sekunden sei der Dritte dann ja auch „Schuldner" geworden. Es komme auf eine offenbare Äußerlichkeit hinaus, bei der Erfüllungsübernahme dem sofort Zahlenden das Rücknahmerecht zu versagen, aber bei der Schuldübernahme, zu der ja auch die Erfüllungsübernahme in kürzester Zeit sich auswachsen könne, den Übergang des Rechts anzunehmen.

Aus diesen Einzelgruppen ein generelles Recht abzuleiten, sei nur noch ein Schritt.

Mit Hinweis auf die Parallelisierung mit dem Quittungsanspruch sucht Hedemann ein generelles Rückforderungsrecht des Dritten abzuleiten; denn dem leistenden Dritten sei es auch nicht verwehrt, Quittung zu fordern.

Wir müssen gegen diese Beweisführung Hedemanns entschieden Verwahrung einlegen aus verschiedenen Gründen.

Hedemann geht, um zur Begründung eines generellen Rückforderungsrechts des Dritten zu gelangen, von Einzelfällen aus, um dann den verallgemeinernden Schluß zu ziehen. Daß der Schuldübernehmer an Stelle des Schuldners, da er Schuldnerqualität hat, das Recht aus § 371 genießt, steht außer Zweifel. Auch ein Übergang auf Grund des § 268 ist nicht zu beanstanden, der ursprüngliche Schuldner erwirbt sogar Gläubigerstellung, hat also nach § 952 Eigentum an der Urkunde.

Wenn aber Hedemann auch der Erfüllungsübernahme die Wirkung beilegen will, daß der Anspruch aus § 371 auf den Dritten übergehe, weil die zum Schuldübernahmevertrag erforderliche Genehmigung ohne klare Scheidung in die Erklärung der Bereitwilligkeit, die Zahlung in Empfang zu nehmen, überfließe, so muß das entschieden gemißbilligt werden.

Die Ausführungen Hedemanns kommen auf eine mehr oder minder schwere Feststellung der Schuldübernahme hinaus, geben aber keine Begründung dafür, daß die Erfüllungsübernahme auch das Recht in sich berge, dem Dritten den Rückforderungsanspruch zu gewähren.

Denn entweder liegt Schuldübernahmevertrag vor, dann hat von vornherein oder später der Gläubiger zugestimmt. Oder es liegt nur Erfüllungsübernahme nach § 415 Abs. 3 vor, dann besteht eine Verpflichtung des Dritten dem Schuldner gegenüber, den Gläubiger zu befriedigen, und es kann unmöglich in dem Erfüllungsrechtsgeschäft, das zum Inhalt nur die Annahme der Leistung hat, eine Genehmigung erblickt werden. Außerdem aber muß es bestritten werden, daß in der Erfüllungsübernahme zumeist eine Abtretung des Rechts aus § 371 enthalten sei.

Denn eine solche Abtretung ist unmöglich. Der Anspruch kann vererbt werden, der Schuldner kann auch die Schuld voll übernehmen nach §§ 414, 415, dann liegt eine Sukzession in die Schuldnerstellung vor; aber eine Abtretung des Rückgabeanspruchs allein muß verneint werden, sowohl vor der Erfüllung des Hauptgeschäfts als auch nach der Erfüllung.

Es handelt sich um ein akzessorisches Recht, das mit der Forderung mit Gläubiger- und Schuldnerstellung so eng verknüpft ist, daß eine Abtretung allein ohne Gewährung der Schuldnerqualität ausgeschlossen ist.

Wie der Zweck des § 952, wie später noch eingehender zur Ausführung gelangen wird, in einer Untrennbarkeit der Urkunde von dem Forderungsrecht besteht, so ist nach § 371 eben auch nur dem Schuldner und allein dem Schuldner das Recht auf Rückgabe zuzusprechen; auch nach der Erfüllung ist eine Abtretung unstatthaft, weil das akzessorische Band noch nicht gelöst ist, von seiten des Gläubigers, des Schuldners des Rückforderungsanspruchs, noch nicht geleistet ist.

Wenn also schon die Annahme Hedemanns, die Erfüllungsübernahme gewähre dem dritten Übernehmenden dasselbe Recht wie dem Schuldner, einen Irrtum über die Abtretbarkeit des Anspruchs und eine falsche Gleichstellung der Erfüllungsübernahme mit der Schuldübernahme enthält, so ist auch der letzte generelle Schluß Hedemanns nicht zu billigen.

Die Anführung der Parallelisierung des Quittungsanspruchs

mit dem Rückforderungsanspruch gibt uns gerade die Mittel zur Gegenargumentation in die Hand.

Das Recht aus § 368 steht nach herrschender Lehre in Übereinstimmung mit dem Gesetzestext allerdings jedem Dritten zu, aber nicht der Anspruch aus § 371.[1])

Diese Terminologie beruht nicht auf Zufall, denn § 368 Satz 2 gibt als Ausnahme zu Satz 1 dem Schuldner das Recht, in besonderer Form Quittungserteilung zu verlangen.

Was soll auch der zahlende Dritte, der für den Schuldner gezahlt hat, für ein Interesse haben können, den Schuldschein zu bekommen? Das Hauptinteresse hat doch allein der Schuldner, er allein ist darauf bedacht, den Schuldschein wieder zurückzubekommen. Der Schuldschein in der Hand des Dritten bringt dem Schuldner keinen Schutz, die Gefahr des Mißbrauchs auch durch den Dritten ist damit nicht aus der Welt geschafft.

Im übrigen ist, wenn Hedemann ein generelles Recht des Dritten annimmt, zu bemerken, daß durchaus nicht in jeder Zahlung des Dritten eine zu billigende Erfüllung zu sehen ist. Es können auch Fälle einer lästigen negotiorum gestio gedacht werden.

Wir kommen somit zu dem Resultat, daß auf der Aktivseite allein der Schuldner der Berechtigte, der Aktivlegitimierte sein kann.[2])

b) Passivlegitimation.

Wer ist der Schuldner des Rückforderungsrechts? der Gläubiger oder auch der Dritte, in dessen Händen sich der Schuldschein befindet? Die Frage scheint mit Rücksicht auf die Parallelisierung des Quittungsanspruchs und durch die Stellung des § 371 im Obligationenrecht durch den Hinweis auf den Gläubiger genügend gerechtfertigt. Auf den ersten Blick erscheint der Gläubiger als der allein Passivlegitimierte.

---

[1]) Dieser steht nach dem Wortlaut nur dem Schuldner zu.

[2]) In demselben Sinne Oertmann, § 371, Nr. 1, Enneccerus, S. 161, II, 1, Schollmeyer, § 371, 4, Goldmann-Lilienthal, S. 410, Anm. 8, Wellmann, S. 55, Rehbein, S. 285, A. a. nur Staudinger, § 371, 6.

Hedemann und mit ihm, auf Hedemann sich stützend und mit Rücksicht auf die ratio legis Staudinger zu § 371 Anm. 1, Enneccerus, S. 161, Nr. 6, Rathjens, S. 56, bestreitet dies S. 70, 71 und will ein unmittelbares Forderungsrecht des Schuldners auch gegenüber dem Dritten aus § 371 ableiten, nicht als Eigentum infolge Rückschlusses aus § 952, sondern als eine besonders geartete actio in rem scripta.

Wir hatten bereits bei Besprechung der Grundlage des Anspruchs, die nicht das Eigentum bilden könne, Gelegenheit, die Hedemannsche Ansicht abzulehnen, und zwar einmal, weil die Ausdehnung des obligationsrechtlichen Verhältnisses zu einer actio in rem scripta wegen Mangels einer besonderen Vorschrift, wie z. B. §§ 604, 605, sich verbietet, andererseits aber eine Gestaltung des Rückforderungsrechts zu einem dinglichen Rechte sich nicht ohne besondere Begründung rechtfertigen läßt, die Begründung Hedemanns, die Ausdehnung des § 371 deshalb zu rechtfertigen, weil § 952 auch ohne Berücksichtigung von Stoffeigentum, Verarbeitung und Besitz dem Gläubiger Eigentum verschafft habe, nicht überzeugen kann.

Auch die Begründung, wie sie Rauth, S. 55, 56, gibt, ist nicht ausreichend. Er motiviert seine Meinung, § 371 gestatte auch gegen den Dritten unmittelbar vorzugehen, damit, daß dem Schutz des Schuldners nicht in genügender Weise gedient sei. Der Gläubiger brauche, um den Anspruch des Schuldners zu vereiteln, sobald der Schuldner Rückgabe verlange, nur den Schuldschein auf seinen Freund zu übertragen. Es wäre gerade in den Fällen, die § 371 treffen wollte, in denen der Gläubiger in böser Absicht die Rückübertragung verweigere, dem Gläubiger nicht geholfen. Dagegen ist zu sagen, daß die Anführung des Schuldnerschutzes allein nicht genügend ist, um das strenge obligatorische Band zu lösen, andererseits eine richtige Auslegung des § 952 auch dem Schuldner, wie dies des näheren auszuführen ist, den Anspruch gegen den Dritten sichert. Rauth verfährt inkonsequent, wenn er S. 47 die obligatorische Natur des § 371 besonders hervorhebt, hier sie aber wieder leugnet.

Wir müssen es also auch ablehnen, den Rückforderungsanspruch unmittelbar auch gegen den Dritten zu gewähren, da es sich nur, wie dargetan, um ein rein obligatorisches Recht handelt.[1])

Der Gläubiger ist also der allein Passivlegitimierte. Die Hedemannsche Ansicht scheint fürs erste die praktischere Durchführbarkeit des Anspruchs zu sichern, während nach unserer Ansicht in allen Fällen, in denen der Dritte die Urkunde besitzt, z. B. auf Grund einer Verfügung des Gläubigers oder auf Grund einer vereinbarten Zurückbehaltung bei der Zession, die Möglichkeit einer Rückgabe des Schuldscheins an den Schuldner deshalb nicht ausführbar erscheint, weil auf seiten des Gläubigers eine Unmöglichkeit der Leistung vorliege. Dem ist jedoch nicht so.

Wir gelangen vielmehr auf einem anderen Wege zu demselben Ziele.

Selbst wenn der Schuldschein in der Hand des Dritten sich befindet, kann der Schuldner auf Grund des § 371 die Urkunde wiedererlangen.

Überwiegend wird in der Literatur die Annahme vertreten, daß der § 952 „dispositiven" Charakter trage, und man sieht in dieser Bestimmung entweder die unumschränkte freie Verfügungsgewalt des Gläubigers, des Eigentümers der Urkunde, oder unter der selbstverständlichen Annahme der freien Verfügungsgewalt die Befugnis des bisherigen Gläubigers, mit dem neuen Gläubiger Dispositionen über die Urkunde zu treffen. In jedem Falle, mag nun der Gläubiger über die Urkunde verfügt haben, einem Dritten die Urkunde zu eigen übertragen haben oder mögen Zedent und Zessionar vereinbart haben, die Urkunde solle ihm, dem Zedenten, weiter gehören, würde dann, weil ja der Dritte Eigentümer der Urkunde geworden wäre, für die Forderung aus § 371 Unmöglichkeit der Leistung vorliegen.

Pöschel erkennt in der dispositiven Natur des § 952 nur die neue Bestätigung der vollkommenen Verfügungsfreiheit

[1]) Ebenso Oertmann zu § 371 Anm. 2, Hoffmann-Brückner, Erler zu § 371 und alle übrigen Schriftsteller außer den obengenannten.

des Gläubigers; er dürfe veräußern, derelinquieren, die Urkunde vernichten, vom Dritten vindizieren usw. Allerdings würde, so führt Pöschel aus, die eigenartige Verknüpfung von Urkunde und Forderungsrecht gelöst; die Schuldurkunde trage durch die Loslösung vom Forderungsrecht, durch die Verfügung, nicht mehr den Charakter der Schuldurkunde.[1])

Wir wollen die dispositive Natur des § 952 nicht leugnen, ihr aber gleichwohl eine andere Bedeutung beilegen als die eben fixierte.

Zur Begründung ist in aller Kürze auf die Entstehungsgeschichte des § 952 einzugehen.

Im ersten Entwurf BGB. stand in dem Unterabschnitt Verbindung, Vermischung, Verarbeitung keine Vorschrift über die Beziehungen des Schuldscheins zur Forderung. Nur § 1109 enthielt die Bestimmung, daß das Eigentum an dem Hypothekenbriefe dem jeweiligen Eigentümer zustehe und untrennbar mit dem Hypothekenrechte verbunden sei. Erst der zweite Entwurf brachte Anträge derart, daß man den in § 1109 Abs. 1 enthaltenen Gedanken auch auf Schuldurkunden verallgemeinern müsse. Verschiedene Anträge, die wiederum von einem Zubehör redeten und nur Vorschriften gaben über Verhältnisse am Schuldschein bei Zession der Forderung, doch dabei nicht die an demselben entstehenden Rechtsverhältnisse bei seiner Ausstellung berücksichtigten, wurden abgewiesen, und man gelangte daher zur endgültigen Aufstellung des im Gesetz formulierten Paragraphen.

In den Protokollen wird die Notwendigkeit des in § 1109 Abs. 1 im Entwurf 1 ausgesprochenen Gedankens zu erweitern begründet. Aus dem Fehlen einer verallgemeinernden Vorschrift über das Eigentumsrecht an Urkunden könnte die Vorschrift des § 1109 ebenso zu einer analogen Anwendung für Schuldurkunden führen, als zu einer entgegengesetzten, aus einem argumentum e contrario. Um diesen Bedenken aus dem Wege zu gehen, wurde der § 952 eingefügt, aber be-

[1]) Wie Pöschel, Rauth, S. 36, Schöne, S. 43, 44, Sürder, S. 52, Hellmers, S. 45.

sonders betont, daß der § 1109 insoweit keine Ausdehnung auf Schuldscheine gestatte, als er die Verbindung zwischen Urkunde und Recht für untrennbar erkläre. Es müsse unter Umständen möglich sein, an einer Schuldurkunde, wenn diese z. B. als Autogramm selbständigen Wert habe, ein vom Gläubigerrecht getrenntes Eigentum oder sonstiges Recht zu begründen, man müsse sich daher mit der Aufstellung einer dispositiven Vorschrift begnügen.

Diese Entstehungsgeschichte lehrt uns vieles. Zunächst und in der Hauptsache birgt sie den Gedanken, daß Schuldurkunde und Forderung untrennbar verbunden sein sollen, eine selbständige Übertragung der Schuldurkunde ohne Forderungsrecht nicht statthaft sein soll, nur unter besonderen Umständen (das Gesetz führt als Beispiel die Bedeutung eines selbständigen Vermögenswerts der Urkunde an) soll § 952 dispositive Vorschrift sein.

Wollte man den Grundgedanken durch die immerhin auch nur von den Protokollen aufgenommene Dispositionsmöglichkeit in den Hintergrund drängen und dem Gläubiger als Eigentümer unbeschränkte Verfügungsfreiheit einräumen, so würde der Zweck des Paragraphen zerstört.

Der Zweck des Paragraphen ist es ja gerade, dem jeweiligen Gläubiger das Eigentum an der Urkunde zu verschaffen. Das bedeutet aber eine absolute Verfügungsbeschränkung im Interesse und zum Schutze der später eintretenden Gläubigerschaft. Um deren Sicherheit handelt es sich, nicht um die Einräumung eines unumschränkten Eigentums an den ersten Gläubiger. „Das Eigentum an dem Schuldschein steht dem Gläubiger zu", bedeutet die unabweisbare Forderung der Übertragung des Eigentums nach obligationsrechtlichen Grundsätzen, nicht nach sachenrechtlichen Grundsätzen. Damit ist von vornherein schon eine Verfügungsbeschränkung gegeben. Sobald aber doch der Gläubiger verfügt haben sollte, so ist doch im Interesse des weiteren Gläubigers (man denke vor allem an Pfändungen und an den gesetzlichen Übergang des Forderungsrechts, z. B. in § 268 und bei Bezahlung durch den Bürgen) diese Verfügung ipso jure nichtig. Oder sollte man

sich dann zu einem relativen Verfügungsverbot im Sinne des § 135 verstehen wollen und die Verfügung zwischen Gläubiger und Dritten gültig, aber im Moment des Eintritts eines weiteren Gläubigers für ungültig erachten? das wäre unpraktisch.

Daß die Untrennbarkeit der Urkunde von der Forderung der Grundstein des § 952 ist, wird auch in der Literatur meist vertreten.[1])

So auch Gruchot, Bd. 47, S. 957: „§ 952 hat in der Hauptsache den Zweck, ein Sondereigentum an der Urkunde als solches neben dem Eigentum des aus dem Rechte Berechtigten zu verhindern."

Wenn nun gemeinhin die dispositive Natur des § 952 anerkannt wird, so kann dies nur die ausnahmsweise Loslösung des Konnexes zwischen Urkunde und Forderung bedeuten, nicht aber die Anerkennung der Verfügungsmacht des Eigentümers.

Die Protokolle führen selbst aus, „unter Umständen", und zwar wenn ausnahmsweise der Schuldschein vielleicht „selbständigen Vermögenswert" hat.

Was heißt aber dispositiv? Dies wird immer zu wenig beachtet. Sachenrechte können nicht dispositiv sein, sie haben stets absoluten Charakter. Also kann es sich nur auf das Forderungsrecht, das obligationsrechtliche Verhältnis, das ja doch den ganzen Paragraphen erst geschaffen hat, beziehen. Nur obligatorische Rechte können dispositiv sein. Es ist mithin einleuchtend, daß zu jeder Disposition über den Schuldschein die Zustimmung des Schuldners eingeholt werden muß. Vollständig in unserem Sinne hier Hedemann, S. 73: „Es muß sich aber auch wirklich um übereinstimmende Willenserklärung beider Parteien, des Gläubigers und des Schuldners handeln. Die einseitige Verfügung kann einem Dritten weder Eigentum noch Pfandrecht noch sonst dinglich wirkende Berechtigung verschaffen.[2])

---

[1]) Matthiaß, S. 465, Biermann, zu § 952, Endemann, Bd. 2, S. 546, Goldmann-Lilienthal, Bd. 2, S. 546, Rehbein, S. 77, 78.

[2]) Ebenso wohl Staudinger a. a. O., der von den Beteiligten redet, desgl. Matthiaß.

Wenn der Zessionar mit dem Zedenten vereinbart, der Zedent möge Eigentümer des Scheines bleiben, so genügt diese Vereinbarung keineswegs, um dem Zessionar sein Eigentum zu entziehen. Der Schuldner muß befragt werden. Der Zessionar bleibt also Eigentümer. Die Vereinbarung des Zessionars mit dem Zedenten stellt eine der schuldnerischen Einwilligung bedürfende Verfügung über den Schuldschein dar; denn im Momente der Abtretung ist ja der Zessionar bereits Eigentümer des Schuldscheines geworden.

Hat der Gläubiger ohne Zustimmung des Schuldners einem Dritten den Schuldschein zu Eigentum übertragen, so liegt so lange eine nichtige Verfügung vor, als der Schuldner nicht zugestimmt hat. Auch hier bleibt also der Gläubiger der Eigentümer. Hat der Zedent einseitig die Urkunde zurückbehalten, so liegt es auf der Hand, daß der Zessionar allein der Eigentümer sein kann.

Fordert nun in allen diesen vorgedachten Fällen der Schuldner vom Gläubiger den Schuldschein, so ist er zwar zunächst außerstande, den Schein zu beschaffen. Aber er ist doch noch Eigentümer des Scheines; es liegt daher keine Unmöglichkeit der Leistung für den Gläubiger vor. Der Schuldner erwirkt ein Urteil auf Rückgabe des Schuldscheins und vollstreckt nun in der Weise, daß er sich im Zwangsvollstreckungswege den Eigentumsanspruch des Gläubigers auf Herausgabe pfänden und überweisen läßt.

§ 886 ZPO. gibt ihm das Recht dazu: Befindet sich eine herauszugebende Sache im Gewahrsam eines Dritten, so ist dem Gläubiger auf dessen Antrag der Anspruch des Schuldners auf Herausgabe der Sache nach den Vorschriften zu überweisen, welche die Pfändung und Überweisung einer Geldforderung betreffen.

So gelangen wir allerdings auf einem etwas weiteren, aber unseres Erachtens richtigeren und logischeren Wege zu demselben Resultate wie diejenigen, die eine actio in rem scripta anerkennen wollen. Wozu dies, wenn die Mittel des Gesetzes dazu ausreichen, auch dem unberechtigten Dritten die Schuldurkunde abzunehmen?

Hat allerdings der Schuldner zur Verfügung seine Zustimmung gegeben, dann hat er sich damit auch seines Rückforderungsrechts begeben.

Pfandrecht.

Wir hatten im vorigen der Fälle gedacht, in denen der Dritte der Rückforderungsklage kein Recht entgegenzustellen vermochte. Wie ist zu entscheiden, wenn der Gläubiger die Forderung verpfändet hat? § 952 Satz 2 enthält die Vorschrift, daß sich das Recht des Dritten an der Forderung auf den Schuldschein bezieht; d. h. der Pfandgläubiger hat zwar nicht Eigentum am Schuldschein, aber Pfandrecht, das allerdings ihm auch nicht die selbständige Befugnis gibt, aus dem Schuldschein nun selbst, z. B. bei autogrammatischem Wert, sich zu befriedigen. Ihn schützt genügend die Befugnis des Pfandgläubigers, den Schuldschein von jedem Dritten zu vindizieren.

Wie verhält sich der Schuldner, wenn er den verpfändeten Schuldschein zurückfordert? Muß er nur den Gläubiger verklagen oder nur den Pfandgläubiger oder beide?

Wir werden den Zustand vor der Fälligkeit der Hauptleistung und nach der Fälligkeit ins Auge fassen müssen.

Nach § 1281 kann nur an den Pfandgläubiger und an den Gläubiger gemeinschaftlich geleistet werden. Die Vorschrift entspricht dem § 432. Es handelt sich um eine gemeinschaftliche Gläubigerschaft, infolgedessen sind auch beide, Pfandgläubiger und Gläubiger, Gesamthandschuldner bezüglich des Rückforderungsanspruchs, nicht Gesamtschuldner. Es haben also auch beide für Vorsatz und Fahrlässigkeit einzustehen. Der Schuldner kann nur beiden gegenüber seine Rechte aus § 371 geltend machen, d. h. nur beiden gegenüber die Leistung zurückbehalten.

Ist jedoch die Forderung fällig geworden, so kann der Schuldner nur an den Pfandgläubiger leisten. Der Pfandgläubiger allein ist nunmehr im Verhältnis zum Schuldner der alleinige Schuldner des Rechts aus § 371; der Pfandgläubiger allein hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten.

Wenn vor der Fälligkeit der Pfandgläubiger vermöge vermeintlicher Dispositionsbefugnis dem Gläubiger den Schuldschein überließ, der Schuldschein nun nach Zahlung der Schuld noch beim Gläubiger ist, dann hat der Schuldner das Recht, sich den Herausgabeanspruch überweisen zu lassen, den der Pfandgläubiger auf Grund des Pfandrechts hat.

Hat der Gläubiger mit dem ihm vom Pfandgläubiger überlassenen Schuldschein nach Tilgung der Schuld des Schuldners an den Pfandgläubiger Mißbrauch getrieben und zum zweiten Male etwa von dem gutgläubigen Erben die Forderung eingetrieben, so daß dem Schuldner bezw. dessen Erben ein Schaden entstanden ist, so kann der Schuldner selbstverständlich diesen Schaden vom Gläubiger verlangen. Da jedoch in der Verfügung über den Schuldschein, die der Pfandgläubiger ohne Zustimmung des Schuldners vornahm, ein vorsätzliches Verhalten gegenüber dem Schuldner, dem Gläubiger des Anspruchs aus § 371, liegt, so ist auch der Pfandgläubiger haftpflichtig.

Der Schuldner kann sich also hier an beide halten, beide haben ja vor der Fälligkeit der Schuld Verschulden zu vertreten.

Wenn jedoch die Forderung fällig geworden ist und durch eine Verfügung des Pfandgläubigers allein und Verhalten des dolosen Dritten dem Schuldner ein Schaden erwachsen ist, so bleibt allein der Pfandgläubiger der Schadenersatzpflichtige. Selbstverständlich bleiben die Rechte gegen den dolosen Dritten unberührt

Zurückbehaltungsrecht.

Eine Frage bedarf hier noch kurzer Erwähnung.

Es kommt im praktischen Leben sehr oft vor, daß eine Verpfändung der Forderung vorgenommen wird, ohne die dazu unbedingt erforderliche Anzeige an den Schuldner.

Es ist demnach zweifellos kein gültiges Pfandrecht für den Dritten entstanden. Man hat in der Literatur sowohl als auch in der Rechtsprechung eine solche Verfügung nicht ganz ohne Rechtsfolgen für die Beteiligten gelassen und dem Dritten, da der Gläubiger ihm ohne Bedenken eine Sicherung verschaffen wollte, aber nicht die richtigen Mittel für eine rechts-

gültige Verpfändung gebrauchte, ein vertragsmäßiges, nur obligatorisch wirkendes Zurückbehaltungsrecht gegeben.

Ein häufiges Beispiel ist dies, daß jemand sein Sparkassenbuch, seinen Pfandschein ohne Anzeige verpfändet, ohne daran zu denken, daß es sich um Forderungsverpfändung handelt. Hier wird zumeist ein Zurückbehaltungsrecht an den Schuldschein gewährt.[1])

Es ist für uns die Frage von besonderem Interesse, ob dieses Zurückbehaltungsrecht auch dem den Schuldschein fordernden Schuldner gegenüber geltend gemacht werden kann, wenn letzterer auf Grund der Überweisung nach § 886 ZPO. vom Dritten den Schuldschein verlangt.

Dies ist zu verneinen, denn einmal ist das Zurückbehaltungsrecht nur obligatorisch und kann nur zwischen dem angeblichen Verpfänder und dem Dritten geltend gemacht werden; sodann aber hat der Schuldner (der Gläubiger des Rückgabeanspruchs) nicht nur die Rechte seines Schuldners als procurator in rem suam, kraft der Überweisung, sondern er hat auch nach § 886 ZPO. ein eigenes, nämlich dingliches Recht, das Pfandrecht an der Urkunde, demgegenüber ein Einwand aus einem nur persönlichen Rechte nach § 986 Abs. BGB. kraftlos ist. [Vgl. die Entscheidung bei Gruchot, Bd. 45, S. 1164, die einem Pfändungspfandgläubiger der Hypothek gegenüber dem Beklagten, der im Besitze des Hypothekenbriefes sich befand und ein Zurückbehaltungsrecht hatte, das Recht auf den Hypothekenbrief zuspricht.[2])]

VI. Unmöglichkeit der Leistung.

a) Voraussetzung des Surrogat-Anspruchs.

Wir hatten erkannt, daß bei allen Dispositionen des Gläubigers über den Schuldschein, die ohne Zustimmung des Schuldners vorgenommen wurden, keine Unmöglichkeit der

[1]) Vgl. Seuffert, Arch. Bd. 59, Nr. 159; DJZ. VII, S. 241. Entsch. OLG., Bd. 18, S. 189; ERG. Bd. 51, S. 83.

[2]) Auch ER., Bd. 39, S. 284.

Leistung anzunehmen war, weil eine solche Verfügung als Verstoß gegen den § 952 dem Gläubiger das Eigentum beließ.

Trotzdem kommt die Unmöglichkeit der Rückgabe des Schuldscheins oft genug vor.

Denken wir nur daran, daß der Gläubiger den Schuldschein verloren hat, daß er ihm gestohlen worden ist, daß der Schuldschein beim Dritten untergegangen ist. Ferner wird Unmöglichkeit vorliegen, wenn der Gläubiger nach Tilgung der Schuld den Schuldschein einem Dritten zu Eigentum übertragen hat, wenn er ihn derelinquiert hat und ein Dritter hat ihn sich angeeignet, wenn er verloren gegangen ist und ein Dritter hat ihn gefunden, wenn ein Dritter durch Verbindung Eigentum erworben hat, auch wenn Eigentum von einem Nichtberechtigten erworben worden ist.

Denn sobald die Forderung bezahlt ist, ist auch der strenge Nexus zwischen Forderung und Urkunde, der durch § 952 geschaffen worden war, weggefallen. Es ist kein Gläubiger der Forderung mehr vorhanden, und infolgedessen können auch weitere Übertragungen der Forderung, Pfändungen usw., kurz weitere Gläubiger nicht mehr in Frage kommen, die ein schutzbedürftiges Interesse an der Urkunde hätten.

Zwar ist, wie bereits oben dargelegt, der Gläubiger noch Eigentümer geblieben, aber eine Verfügungsbeschränkung für ihn ist nicht mehr gegeben. Er kann Eigentum weiter übertragen, derelinquieren usw.; es finden also alle Vorschriften über Eigentumserwerb an beweglichen Sachen, die durch § 952 ausgeschlossen waren, wieder Anwendung, so daß mit dem Eintritt des Eigentumserwerbs Unmöglichkeit der Leistung für den Gläubiger vorliegt.

Das Gesetz hat in Satz 2 zu § 371 für den Fall des Außerstandeseins der Rückgabe einen besonderen Anspruch gegeben. Satz 2 lautet:

> „Behauptet der Gläubiger zur Rückgabe außerstande zu sein, so kann der Schuldner das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis verlangen, daß die Schuld erloschen sei."

Das Gesetz hat mit der Formulierung „behauptet der

Gläubiger“ eine eigenartige Fassung gewählt und der Auslegung freien Spielraum gelassen.

Das „Behaupten“ wurde in der zweiten Lesung ausdrücklich eingefügt, um die Voraussetzungen die der erste Entwurf aufgestellt hatte, abzuändern.

Der Entwurf I begünstigte die Rechtslage des Schuldners und stellte als Voraussetzung des Mortifikationsscheinsanspruchs das Außerstandesein der Rückgabe auf, indem er betont, daß ein Behaupten nicht genüge, weil der Gläubiger nach seiner Wahl den Schuldschein zurückgeben oder einen Anerkenntnisschein ausstellen könne, der Gefahr des Mißbrauchs hierdurch aber Tor und Tür geöffnet wäre. Also erst wenn der Gläubiger die Unmöglichkeit der Herausgabe bewiesen hat, soll das Interesse des Schuldners voll gesichert sein, weil nunmehr die Gefahr eines Mißbrauchs ausgeschlossen erscheint.

Der Entwurf II sucht nun den Gläubiger von dem lästigen Beweise der Unmöglichkeit zu befreien, indem er schon beim Behaupten der Unmöglichkeit dem Schuldner den Anspruch auf Anerkenntnis gibt. Das war gedacht im Sinne des Schutzes des Gläubigers, weil dessen Lage durch den Beweis der Unmöglichkeit unnötig erschwert werde.

Der Schuldner sollte sich allerdings nach Ansicht der Protokolle mit dem Anerkenntnisschein begnügen, Rückforderung des Schuldscheins also ausgeschlossen sein.

Das heißt freilich dem Unrecht die Krone aufsetzen, denn wenn dann wirklich die Voraussetzung des Anspruchs schon das Behaupten sein soll, andererseits aber für den Fall der Unwahrheit der Behauptung — der Schein ist tatsächlich vorhanden, später wird die Forderung von neuem eingezogen, und es entsteht Schaden, oder der Gläubiger erlangt ein wirklich vorteilhaftes commodum für den Schein — der Rückgabeanspruch und seine Ersatzansprüche auf Schadenersatz und stellvertretendes commodum versagt sein sollen, wie ist da dem Interesse des Schuldners gedient? Einem ungetreuen Gläubiger böte die Lücke des Gesetzes einen willkommenen Anlaß, sich

auf Kosten des Schuldners zu bereichern, und der Schuldner hätte das Nachsehen.

Im Sinne der Protokolle kann eine Auslegung nicht zum Ziele führen.

Man hat verschiedene Auffassungen über den Satz 2 des § 371, der in seiner Fassung mit der im Entwurf II aufgestellten wörtlich übereinstimmt.

Nach Hedemann könne man zwei Deutungen herauslesen. Im Grunde sei nach den Protokollen nur eine Negative enthalten. Der Gläubiger brauche nicht zu beweisen. Die Ablehnung einer entscheidenden Stellungnahme des Gesetzes führe zu einer unerfreulichen Unklarheit. Zwei Auslegungen seien möglich.

Entweder der Gegenbeweis des Schuldners werde nicht zugelassen oder er sei gestattet. Im ersteren Falle bei Nichtzulassung des Gegenbeweises läge eine facultas alternativa vor. Der Gläubiger könne sich von der Rückgabepflicht durch Ausstellung eines Anerkenntnisses befreien. Daß dies nicht rechtens sein kann, ist ohne weiteres klar, weil es einmal den Gläubiger indirekt zu einer Lüge zwingt, vor allem aber zweitens die Rechte des Schuldners auf Rückgabe durchaus nicht zu wahren imstande ist.

Im anderen Falle, bei Zulassung des Gegenbeweises, enthielte die Bestimmung nur eine Regelung der Beweislast. Dem Schuldner würde dann der Beweis für die Möglichkeit der Rückgabe aufzubürden sein.

Daß auch diese Auffassung nicht die richtige sein kann, ist mit Hedemann u. a. anzunehmen. Denn wenn wirklich eine den gewöhnlichen Normen entgegengesetzte Beweislastverteilung hätte normiert werden sollen, so hätte das Gesetz eine andere Fassung gewählt, die dies deutlicher zum Ausdruck gebracht hätte, wie z. B. in den §§ 282, 345 BGB.

Es liegt auch ferner durchaus kein Grund vor, dem Gläubiger den Beweis für die Unmöglichkeit zu ersparen.

Diese Ansicht ist von Cosack vertreten. „Der Gläubiger braucht sein Unvermögen zur Rückgabe des Schuldscheins nur zu behaupten, nicht aber zu beweisen. Vielmehr trifft, wenn

der Schuldner die Behauptung des Gläubigers bestreitet, die Beweislast den Schuldner."

Bei Gelingen dieses Beweises könne der Schuldner dann auf Rückgabe bestehen.

Man sieht durchaus nicht ein, weshalb gerade hier die gewöhnliche Beweislastverteilung umgekehrt werden soll. Eine Schwierigkeit des Beweises für die Unmöglichkeit liegt für den Schuldner eines Schuldverhältnisses in gewisser Weise immer vor, aber diese Schwierigkeit steht doch in absolut keinem Verhältnisse zu den Schwierigkeiten, die den Gläubiger unseres Rückgabeanspruchs, den Schuldner, treffen würden, wenn er die Möglichkeit der Rückgabe zu beweisen verpflichtet wäre. Das hieße doch, den Schleichwegen eines treulosen Gläubigers auf Schritt und Tritt nachgehen.

Das „Behaupten" kann unmöglich den Schluß rechtfertigen, eine Beweislastverteilung zu erblicken.

Es gibt nur eine Auslegung des § 371, Satz 2. Das Wort „behauptet" enthält nicht die Regelung der Beweislast, sondern bildet lediglich die Voraussetzung des Anerkenntnisanspruchs. Der Schuldner ist ganz besonders günstig gestellt, er soll nicht wie sonst den Beweis der Unmöglichkeit abwarten, ehe er seinen Anspruch auf Anerkenntnis geltend machen kann, sondern das bloße Behaupten der Unmöglichkeit auf seiten des Gläubigers gibt schon dem Schuldner den Anspruch auf Anerkenntnis. Es kommt also für die Voraussetzung des Anerkenntnisanspruchs keineswegs darauf an, ob die Rückgabe wirklich möglich oder nicht möglich war. Der Schuldner ist in jedem Falle durch das Anerkenntnis vorläufig gesichert. Und weiter bezweckt zunächst der Anspruch auf Anerkenntnisschein nichts. Denn da die Möglichkeit des Eintritts eines Schadens, wie schon oft berührt, stets gegeben ist, so kann den Schuldner dieses Anerkenntnis allein vor weiterem Schaden nicht schützen.

b) Verhältnis des Surrogatanspruchs zum Rückgabeanspruch.

Die Frage nach dem Verhältnis des Anerkenntnisanspruchs zum Rückgabeanspruch steht in so engem Zusammenhang mit

der Voraussetzung des Anerkenntnisanspruchs, daß ihre Beantwortung in unmittelbarem Anschluß hieran erfolgen muß.

Das Anerkenntnis hat rein vorbeugenden Charakter; es kann vor weiterem Schaden nicht bewahren. Der Schuldner befindet sich in einer dauernden, für ihn besonders lästigen Ungewißheit, die Möglichkeit eines späteren Schadens abwarten zu müssen. Dagegen schützt ihn vorläufig das Anerkenntnis.

Wir hatten schon oft hervorgehoben, daß, solange der Schuldschein tatsächlich noch in der Welt existiert, das Schuldverhältnis und der Rückgabeanspruch noch nicht erloschen ist. Denn gerade den Gefahren des Mißbrauchs durch den Gläubiger oder durch Dritte, mögen sie materieller oder immaterieller Natur sein, vorzubeugen, war ja der Zweck des Rückforderungsanspruchs. Das Anerkenntnis kann keinen vollen Ersatz dafür bieten, und will es auch gar nicht; es bietet nur ein vorläufiges Schutzmittel. Abgesehen von den Fällen, in denen das Anerkenntnis verloren gegangen ist und einem zweiten Zahlungsbegehren nicht entgegengestellt werden kann, gibt es noch mannigfaltige ungünstige Lagen, in die der Schuldner geraten kann und aus denen evident hervorgeht, daß das Anerkenntnis allein zur Tilgung des Rückgabeanspruchs nicht ausreicht.

Ein treffendes Beispiel führt Hedemann S. 92 an.

Hatten Gläubiger und Schuldner mündlich vereinbart, die Forderung dürfe nicht abgetreten werden, hatte aber trotzdem der Gläubiger diesem Verbote zuwider die Forderung zediert, und zwar an einen gutgläubigen Dritten, der von der Abrede der Unabtretbarkeit nichts wußte, so ist dem Schuldner diesem Gläubiger, dem Zessionar gegenüber die Einrede der Unabtretbarkeit nach § 405 versagt. Wenn nun vielleicht durch Zufall bei einem Brande das vom bisherigen Gläubiger ausgestellte Anerkenntnis abhanden gekommen ist, so ist dem Schuldner sowohl die Einrede der Zahlung als auch die Abrede der Unabtretbarkeit der Forderung versagt. Er ist genötigt, ungerechtfertigterweise zum zweiten Male zu leisten.

Es kann danach der § 371 nur dahin ausgelegt werden,

daß der Rückgabeanspruch neben dem Anerkenntnisanspruch bestehen bleibt.

Der Anerkenntnisanspruch beseitigt die Verpflichtung zur Rückgabe keineswegs.

Wenn der Gesetzestext nach den Worten „behauptet der Gläubiger“ ein „aber“ und hinter den Worten der Schuldner ein „nur“ enthielte, dann wäre klar dargetan, daß der Anspruch auf den Mortifikationsschein den Anspruch auf Rückgabe ausschlösse.

Da dies jedoch auch nicht einmal auf dem Wege der Interpretation hineingelegt werden kann. so ergibt sich nur die einzige Lösung, daß das Gesetz beim Behaupten der Unmöglichkeit der Rückgabe, nicht erst beim Beweise der Unmöglichkeit dem Schuldner eine weitere Machtbefugnis gibt, den Schuldner vor eintretenden Gefahren schützt, aber selbstverständlich die Verpflichtung des Hauptschuldverhältnisses, die Rückgabe, unberührt läßt. Es ist neben den Rückgabeanspruch ein zweites Recht getreten.

Weshalb soll denn die Möglichkeit eines neuen Rechts die Geltendmachung des alten gefährden? Die Sachlage ist bei Behaupten der Unmöglichkeit auf seiten des Gläubigers für den Schuldner folgende:

Es steht dem Schuldner in erster Linie vollständig frei, ob er Anerkenntnisschein verlangen oder auf Rückgabe klagen will. Ja auch nach Ausstellung des Anerkenntnisses begibt er sich des Rechts auf Rückgabe nicht.[1])

Tritt der Schuldschein in der Hand des Gläubigers oder eines Dritten zutage, so bleibt es dem Schuldner unbenommen, ihn durch Klage an sich zu bringen, ebenso wie es sein gutes Recht ist, wenn er eingetretenen Schaden vom Gläubiger als seinem Schuldner ersetzt verlangt. War die Hauptleistung jedoch noch nicht erfolgt. so kann der Schuldner die Haupt-

[1]) Enneccerus-Kipp, S. 161, Nr. 3, behauptet, nach Annahme des Mortifikationsscheins könne der Schuldner auf Rückgabe nur klagen, wenn er, der Schuldner, nachweise, daß der Gläubiger zur Rückgabe imstande sei. Wir haben diese irrtümliche Auffassung der Beweislastfrage schon oben erörtert.

leistung trotz des Anbietens eines Anerkenntnisses zurückbehalten, bis ihm entweder der Schuldschein tatsächlich zurückgegeben wird oder bis ihm vom Gläubiger der Nachweis einer nicht zu vertretenden Unmöglichkeit erbracht ist.

Der Gläubiger hat nicht etwa das Recht, bei Anerbieten des Anerkenntnisses nun auch die Leistung zu fordern, wie von Fischer-Henle, Cosack, S. 419. VIIIb, Dernburg a. a. O. behauptet wird.

Denn nicht der Gläubiger hat das Recht auf Anerkenntnis, sondern der Schuldner. Zwar stehen auch die Ausstellung des Anerkenntnisses und Leistung, wie Rückgabeanspruch und Leistung im Zug um Zug-Verhältnis. Aber eine Verurteilung dahin, den Schuldner gegen Ausstellung eines Anerkenntnisscheines zur Leistung zu verurteilen, wenn der Schuldner die Leistung zurückbehält, ist nicht statthaft. Denn der Schuldner hat im Falle des Behauptens der Unmöglichkeit der Leistung ein zweifaches Zurückbehaltungsrecht; das erste wegen des Anerkenntnisses, das zweite wegen der Rückgabe des Schuldscheins. Und dieses letztere macht der Schuldner geltend, wenn er gegenüber dem Leistungsbegehren und Anerbieten des Anerkenntnisses die Leistung zurückbehält.

Das mag auf den ersten Augenblick wie Chikane aussehen, ist es aber tatsächlich nicht; denn der Gläubiger kann sich zu jeder Zeit von dieser Einrede des Zurückbehaltungsrechts durch den Nachweis befreien, daß ihm die Rückgabe durch einen Umstand unmöglich geworden sei, den er nicht zu vertreten habe, und dann eine Verurteilung Zug um Zug gegen Ausstellung des Anerkenntnisses herbeiführen.

Die Anerkennung eines Zurückbehaltungsrechts bis zum Beweise befreiender Unmöglichkeit ist nur die Konsequenz unserer Auffassung, daß beide Ansprüche kumulativ nebeneinander bestehen. Diese Zurückbehaltung oder die spätere Einforderung beruht daher nicht, wie Dernburg annimmt, auf Chikane, und es ist keineswegs erst ein besonderes Interesse, wie Dernburg will, an der Rückgabe nachzuweisen, um Zurückbehaltungsrecht und Rückgabeanspruch nach Ausstellung des Anerkenntnisses zuzubilligen, sondern die Interessen des

Schuldners sind, wie oft erwähnt, die Gefährdung seines materiellen und immateriellen Gutes. Diese sind aber vollkommen ausreichend, um Rechtsschutz in Anspruch nehmen zu können.

Da beide Ansprüche, Rückgabeanspruch und Anspruch auf Anerkenntnis kumulativ nebeneinander bestehen, so kann, wie man wohl annehmen könnte, von einer Alternativobligation keine Rede sein. Man könnte ja immerhin so weit gehen, daß man sagte: Beim Behaupten der Unmöglichkeit bestehen allerdings zwei Leistungen, die aber nach der Begriffsbestimmung der Alternativobligation des § 262 in der Weise geschuldet würden, daß nur die eine oder die andere zu leisten sei. Die Wahl des Gläubigers würde dann darüber zu entscheiden haben, ob Anerkenntnisschein oder Rückgabeanspruch von Gläubigerseite zu leisten seien.

Im Momente der Wahl würden sich die Leistungen auf die gewählte konzentrieren.

Daß diese Argumentation nicht zum Ziele führen kann, ergeben die obigen Ausführungen. Aber noch ein zweites Moment verbietet begrifflich die Alternativobligation in den Kreis unserer Betrachtungen zu ziehen.

§ 265 bestimmt: Ist eine Leistung von Anfang an unmöglich, so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf die übrigen Leistungen.

Nach diesem Paragraphen müßte sich also bei Unmöglichkeit des Rückgabeanspruchs schon von vornherein die Leistung auf den Anerkenntnisanspruch konzentrieren. Nun ist aber gerade die Unmöglichkeit des Rückgabeanspruchs die Erzeugerin des Anerkenntnisanspruchs.

Schon deshalb ist begrifflich eine Alternativobligation ausgeschlossen.

Die herrschende Lehre läßt denn auch beide Ansprüche nebeneinander bestehen, den Rückgabeanspruch durch Geltendmachung des Anerkenntnisanspruchs nicht erlöschen. Das Nebeneinanderbestehen beider Ansprüche wird teils mit Hinweis auf die Unzulänglichkeit des Anerkenntnisses und auf die gefährdete Stellung des Schuldners begründet, wie von Kipp,

S. 407, Schollmeyer, Hedemann teils unter Hinweis auf das Recht des Schuldners auf Anerkenntnis, das die alte Verpflichtung nicht beseitige.[1])

Einiges muß noch über das Anerkenntnis selbst gesagt werden. Es handelt sich um den Abschluß eines Vertrages in öffentlich beglaubigter Form. Der Vertrag selbst kann nur wegen Irrtums, Betrugs usw. angefochten werden, nicht aber ist der Gegenbeweis gestattet, daß die Erfüllung tatsächlich bereits erfolgt sei, da es sich um einen abstrakten, vom kausalen Rechtsgrunde losgelösten Vertrag handelt. Im übrigen ersetzt natürlich das Anerkenntnis die Quittung, da das Anerkenntnis der Quittung gegenüber ein Plus enthält.

VII. Aktiv- und Passivlegitimation des Surrogatanspruchs.

Was die Aktiv- und Passivlegitimation des Anspruchs auf Anerkenntnis betrifft, so kann auf die Ausführungen bei Besprechung der Aktiv- und Passivlegitimation des Rückgabeanspruchs verwiesen werden, denn auch der Anerkenntnisanspruch ist nur obligatorischer Natur. Eigentümlicherweise erkennt Hedemann, S. 96, beim Mortifikationsanspruch die obligatorische Natur an, während er sie beim Rückgabeanspruch verneint.

Der Surrogatanspruch auf öffentlich beglaubigtes Anerkenntnis leite seine Berechtigung von dem obligatorischen Bande her, das nur zwischen Gläubiger und Schuldner geknüpft sei.

In ein derartiges Gewährschaftsverhältnis sei jedoch der Dritte nicht getreten, so daß auch gegen ihn kein Anspruch auf Mortifikationsschein gegeben sei.

Was beim Rückgabeanspruch dem Schuldner die Berech-

[1]) So Staudinger, § 371, Anm. 4, Oertmann a. a. O. Anm. 2, Planck, ebenda, Endemann, § 141, Anm. 23, Matthiaß, S. 232, III B, Goldmann-Lilienthal, S. 410 zu § 371.

tigung gäbe, auch gegen den Dritten vorzugehen, sei lediglich die Tatsache des Besitzes, durch die er zum Schuldner in Beziehungen getreten sei. Es muß an dieser Stelle noch einmal die Unhaltbarkeit der Hedemannschen Ansicht von der actio in rem scripta beleuchtet werden.

Wenn Hedemann beim Mortifikationsanspruch das obligatorische Band nicht leugnet, so wäre es nur konsequent gewesen, auch dem ursprünglichen Rückgabeanspruch nur obligatorischen Charakter zu verleihen. Statt dessen konstruiert er aus der Tatsache des Besitzes allein eine Beziehung des Dritten zum Schuldner. Das kann aber unmöglich rechtens sein.

Der Besitz ist nur ein tatsächliches Verhältnis, oder auch, wenn man will, ein Recht, das den Besitzenden in gewisse Beziehungen zur Sache setzt. Als Ausfluß dieser tatsächlichen Gewalt über eine Sache räumt das Gesetz dem Besitzenden gewisse possessorische und petitorische Befugnisse dem Dritten gegenüber ein; aber ein Herausgabeanspruch kann nur auf Grund einer obligatorischen oder dinglichen Rechtsposition des Dritten zum Besitzenden hergestellt werden.

Beides liegt aber nicht vor.

VIII. Prozessuale Durchführung der beiden Ansprüche.

Wie gestaltet sich nun die prozessuale Durchführung des Rückforderungsanspruchs und des Mortifikationsscheinsanspruchs? Betrachten wir zuerst den Fall, daß die Rückgabe des Schuldscheins möglich ist.

Wir hatten erörtert, daß der Schuldner vor der eigentlichen Hauptleistung wegen der akzessorischen Natur des Schuldscheinanspruchs kein selbständiges Klagerecht hat. Tritt also der Gläubiger als Kläger auf, und begehrt die Leistung, so kann der Schuldner nicht etwa im Wege der Wiederklage Rückgabe des Scheines verlangen. Er hat als Beklagter nur

das Recht, seine Leistung zurückzubehalten, bis der Gläubiger den Schuldschein beschafft. Das ist ein wirksames Mittel, um den Gläubiger, der in der Rückgabe lässig ist, dazu zu veranlassen. Es ergeht dann ein Urteil Zug um Zug, das den Schuldner gegen Rückgabe des Scheines zur Leistung verurteilt. Die Zwangsvollstreckung vollzieht sich dann in der gewöhnlichen Weise der Vollstreckung der Zug um Zug-Urteile.

Hat nun der Schuldner geleistet und will er nachträglich den Schuldschein zurückhaben, so steht ihm nichts im Wege, klageweise vorzugehen und Rückgabe zu begehren. Es ergeht dann ein gewöhnliches Urteil, das gemäß § 883 ff. ZPO. vollstreckt wird.

Wird der Schuldschein nicht vorgefunden, dann kann der Schuldner beantragen, daß der Gläubiger den Offenbarungseid dahin leiste, daß der Gläubiger den Schuldschein nicht besitze, auch nicht wisse, wo er sich befinde.

Verweigert der Gläubiger ohne Grund die Eidesleistung oder erscheint er nicht zum Schwurtermin, dann kann auf Antrag des Schuldners die Anordnung der Haft vielleicht den hartnäckigen Gläubiger zur Rückgabe des Schuldscheins zwingen.

War der Schuldschein in Händen eines Dritten, infolge unzulässiger Verfügung durch den Gläubiger, so läßt sich der Schuldner gemäß § 886 ZPO. den Eigentumsanspruch des Gläubigers überweisen und kann so auch vom Dritten die Herausgabe fordern, ja selbst von demjenigen, der ein Zurückbehaltungsrecht dem Gläubiger gegenüber geltend machen konnte.

Ist es dem Schuldner zufolge der hartnäckigen Weigerung des Gläubigers oder dadurch, daß beim Dritten der Schuldschein nicht vorgefunden wurde, nicht möglich, den Schuldschein zu bekommen, entsteht ihm aber trotzdem ein Schaden oder hatte der Gläubiger ein stellvertretendes commodum erlangt, so ist es außer Zweifel, daß der Schuldner trotz erfolgter Verurteilung zur Rückgabe, auch den Schadenersatz und das commodum vom Gläubiger verlangen kann.

Hat der Gläubiger auf Leistung geklagt, der Schuldner aber seine Leistung einbehalten, weil der Gläubiger behauptet hat, er sei zur Rückgabe außerstande, und hat daraufhin der Gläubiger dem Schuldner ein Anerkenntnis angeboten, so kann der Schuldner trotzdem seine Leistung zurückbehalten bis zum Nachweise einer Unmöglichkeit, die den Gläubiger befreit, d. h. die er nicht zu vertreten hat. Auch hier ist ein selbständiges Klagerecht vor der Leistung nicht statthaft. Beweist der Gläubiger einen Fall ihn befreiender Unmöglichkeit, so kann nunmehr ein Zug um Zug-Urteil auf Leistung gegen Ausstellung eines Anerkenntnisses ergehen.

Hatte der Schuldner nach erfolgter Leistung auf Rückgabe geklagt und war dem Schuldner vom Gläubiger mit der Behauptung begegnet, er sei zur Rückgabe außerstande, so hat der Schuldner, der Kläger, einen doppelten Weg. Er kann Verurteilung zum Anerkenntnis begehren; wenn das Urteil Rechtskraft erlangt hat, dann gilt gemäß § 894 ZPO. das Anerkenntnis als erteilt.

Tritt später infolge des zu Unrecht einbehaltenen Schuldscheins für den Schuldner ein Schaden ein, so kann selbstverständlich der Schuldner auch Schadenersatz bezw. commodum beanspruchen.

War der Kläger jedoch mit dem Anerkenntnis nicht zufrieden gewesen, so kann er auf Rückgabe bestehen bleiben, d. h. vom Gläubiger den Beweis verlangen, daß die Unmöglichkeit durch einen Umstand herbeigeführt wurde, den er nicht zu vertreten hatte.

Kann der Beklagte diesen Beweis nicht führen, dann erfolgt Verurteilung zur Rückgabe, die dann in oben angegebener Weise vollstreckt wird, und nochmals durch Offenbarungseid den Beklagten zur Angabe der Wahrheit zwingen kann.

Ist jedoch der Beweis der Wahrheit der Behauptung des Beklagten geführt, dann muß der Antrag auf Rückgabe zurückgewiesen werden. Es bleibt aber hier dem Kläger unbenommen, seinen Antrag dahin zu ändern, daß er nunmehr Anerkenntnis vom Beklagten verlangt. Das bedeutet gemäß § 268

ZPO. keine zu rügende Klageänderung, weil der Klagegrund unverändert bleibt.

Der Kläger kann ohne Bedenken auch im Wege des Eventualantrages seine Rechte wahren, indem er etwa beantragt, den Beklagten zur Rückgabe zu verurteilen, für den Fall der Unmöglichkeit der Leistung zur Ausstellung eines Anerkenntnisses.

Diese eventuelle Fassung des Klageantrags wird dem Kläger mehr nützen als eine Alternative, „den Beklagten zur Ausstellung eines Anerkenntnisses oder zur Rückgabe zu verurteilen," weil dadurch einmal der Irrtum herbeigeführt werden könnte, es handele sich um eine Alternativobligation.

Eine Entscheidung des Obertribunals (Str. A. Bd. 82, S. 16) hat allerdings mit Rücksicht auf die Schwierigkeit des Beweises der Unmöglichkeit durch den Gläubiger eine alternative Verurteilung befürwortet in Ablehnung einer Entscheidung des Appellationsgerichts, das nur zur Rückgabe verurteilte, gleichgültig ob die Behauptung wahr oder unwahr sei.

Anderseits ist auch eine kumulative Verurteilung zur Abgabe eines Anerkenntnisses und zur Rückgabe nicht am Platze. Zwar sind bei Behaupten der Unmöglichkeit beide Ansprüche kumulativ; jedoch hebt selbstverständlich die erfolgte Rückgabe den Anerkenntnisanspruch auf, weil dies nunmehr nutzlos ist.

IX. Sachliche Ausdehnung beider Ansprüche.

Nachdem wir die Aktiv- und Passivlegitimation der beiden Ansprüche, sodann die prozessuale Durchführung besprochen haben, ist es noch von Interesse, zu erfahren, ob in sachlicher Beziehung eine Ausdehnung wünschenswert und zulässig erscheint, ob der Anspruch auf Rückgabe bezw. Mortifikationsschein nur bei Erfüllung gegeben ist oder auch bei den Erfüllungssurrogaten oder sogar bei Nichtigkeit des zugrunde liegenden Schuldverhältnisses. Da die Erfüllungssurrogate Hinterlegung, Aufrechnung, datio in solutum denselben wirtschaftlichen Zwecken dienen und der Schuldner eines wesentlichen Schutzes

beraubt sein würde, wenn man in diesen Fällen dem Schuldner nicht auch den Rückforderungsanspruch und Anspruch auf Anerkenntnis geben wollte, so wird man nicht umhin können, auch für die Erfüllungssurrogate dem Schuldner die Rechte aus § 371 zu gewähren.

Soweit in der Literatur diese Frage überhaupt behandelt wird, wird einer Erteilung der Rechte aus § 371 das Wort geredet.[1])

Streitig sind schon die Ansichten, ob Erlaß oder Vergleich zu einer analogen Anwendung berechtigten.

Alle vorgenannten Schriftsteller mit Ausnahme von Schollmeyer erklären sich dafür.

Ein treffendes Beispiel, daß auch bei Erlaß und Vergleich der Rückgabeanspruch nicht versagt werden kann, führt Hedemann S. 89 an. Wenn ein Schuldner aus mehreren Schuldverhältnissen seinem Gläubiger verpflichtet sei, er habe z. B. wiederholt Darlehne entnommen und Bücher entliehen, so wäre es „eine unerträgliche Scholastik", wenn man einzeln untersuchen müßte, welche Schuldscheine dem Rückforderungsrecht nach § 371 unterlägen und welche nicht, je nachdem die von ihnen repräsentierten Beträge durch Erfüllung oder durch Erlaß bezw. Vergleich ihre Deckung gefunden hätten.

Dem ist durchaus beizupflichten.

Zweifelhafter erscheint schon die Anwendung des § 371 auf diejenigen Fälle, bei denen ein Schuldschein über eine nichtige oder anfechtbare und angefochtene Forderung ausgestellt ist. Ein Schuldschein im technischen Sinne des Wortes ist nur vorhanden, wenn tatsächlich eine Schuld zugrunde liegt. Sobald kein Rechtsgeschäft vorhanden ist, das auf keine Weise der Tilgung bedarf, sondern von vornherein nichtig ist, so erscheint eine Anwendung des § 371 logischerweise ausgeschlossen und eine Verweisung auf die Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung (es würde sich um einen Fall der condictio ob

[1]) Vgl. Staudinger, Anm. 7 zu § 371, Enneccerus-Kipp, S. 161, II, 2; Oertmann zu § 371, Anm. 5, Schollmeyer, ebenda, Hedemann, S. 78 ff.

causam datorum handeln), wie es Schollmeyer tut, angebracht.

Man könnte ausführen: Der Gläubiger ist gemäß § 812 Satz 2 ungerechtfertigt bereichert, der Gläubiger also zur Herausgabe der Bereicherung verpflichtet. Kannte der Empfänger, der Gläubiger, den Mangel des rechtlichen Grundes, so war er nach § 819 voll schadensersatzpflichtig, da der Gläubiger dann in der Weise verpflichtet bleibt, wie wenn der Anspruch zur Zeit des Empfangs oder der Kenntnis rechtshängig geworden wäre (§ 978/990 BGB.).

Kannte jedoch der Schuldner selbst die Unmöglichkeit des Nichteintritts des Erfolges, so blieb auch für ihn der Bereicherungsanspruch nach § 815 ausgeschlossen.

Die Einwendungen, die Wellmann S. 80 und Hedemann S. 79 anführen, es handelte sich um keine Bereicherung, da der Gläubiger weder um ein Recht noch im Vermögen bereichert sei, sind mit Oertmann Anm. 2 abzuweisen, da allein schon zufolge der Hingabe des Schuldscheins die Gewährung einer tatsächlichen, ja sogar rechtlichen Position zu erblicken ist.

Auch durch das Sacheigentum, wie es von Hedemann bestritten wird, wird der Gläubiger in den meisten Fällen bereichert sein, denn durch das Beschreiben der Oberfläche wird die Herstellung einer neuen Sache, eines Schriftstückes bewirkt, das nunmehr, mag das Papier auch zum Anfang dem Schuldner gehört haben, in das Eigentum des Gläubigers, als des Verarbeiters tritt (vgl. Biermann zu § 950 Ib).

Aber doch erscheint die Gewährung der Bereicherungsansprüche nicht ausreichend.

Der Schuldner ist gegen eine unrechtmäßige Verfügung und gegen ein nochmaliges Einfordern durch einen Dritten in keiner Weise geschützt. Aber gerade vor diesen Gefahren zu schützen war der Zweck des § 371.

Haben beide Parteien im guten Glauben an den Bestand des Rechtsgecshäfts gehandelt und befindet sich der Schuldschein in den Händen des Gläubigers, so wäre es unbillig, nur

die Bereicherungsgrundsätze auf die Rückforderung anzuwenden Es entspricht der Billigkeit mit Rücksicht auf die ratio legis den Gefahren des Mißbrauchs vorzubeugen und mit obligatorischem Bande den Gläubiger von der Ausstellung des Scheines an festzuhalten. Vor allem auch ist die Anwendung des § 371 Satz 2 des Anspruches auf Anerkenntnis durchaus angebracht.

Damit sich der Schuldner vorläufig gegen etwaige Einforderung schützen kann, ist es dringend geboten, ihm den Anspruch auf Anerkenntnis zu gewähren. Hätte er diesen nicht, so wäre er stets der Gefahr ausgesetzt.

Eine Einschränkung ist jedoch unumgänglich nötig. Wenn nämlich der Schuldner selbst aus Fahrlässigkeit oder aus Vorsatz die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts kannte, so wird man ihm in Analogie mit § 815 den Anspruch versagen müssen.

Wenn wir soweit, wie auch Oertmann, Staudinger a. a. O. (anders Schollmeyer), den § 371 selbst bei Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts angewandt wissen wollen, so soll damit durchaus nicht gesagt sein, daß ein gesetzlicher Anspruch auf Rückgabe bestände, wenn ein Schuldschein hingegeben worden ist, sondern es handelt sich nur um eine mit Rücksicht auf die ratio legis gebotene analoge Anwendung des § 371.

X. Besonders geartete Fälle.

Einige besonders geartete Fälle, die ihrer eigenartigen ungewöhnlichen Gestaltung wegen von den Normalfällen abweichen, bedürfen besonderer Erwähnung.

Wir denken zunächst an die autogrammatische Bedeutung einer Schuldurkunde. Mit dieser ist dem Schuldschein ein selbständiger Vermögenswert beigelegt.

Es taucht die Frage auf, ob vielleicht mit Beziehung auf diesen selbständigen Vermögenswert dem Gläubiger gestattet sei, über diesen Schuldschein zu verfügen; insbesondere einen Gegenwert dafür einzulösen und dem Dritten Eigentum an der Urkunde zu verschaffen.

Es ist, wie bereits erwähnt, von Pöschel und Helmers die Ansicht vertreten, daß der Gläubiger ohne weiteres einem Dritten Eigentum an der Urkunde verschaffen könnte, daß aber dadurch eine Loslösung der Urkunde vom Forderungsrecht bedingt werde: der Schuldschein sei nicht mehr Schuldschein. Wir hatten gegen diese Ansicht Verwahrung eingelegt. Wenn nun aber dem Schuldschein, wie beim Autogramm, ein selbständiger Vermögenswert zukommt, so könnte vielleicht diese Eigenschaft imstande sein, dem Schuldschein den Charakter eines solchen zu nehmen, wenigstens in der Hand eines Dritten. Wir müssen auch dies verneinen. Der Schuldschein hat in diesem eigenartigen Fall zwei selbständig nebeneinanderstehende Werte. Er ist einmal Schuldschein und zweitens Autogramm. Er bleibt aber Schuldschein, trotz des Autogramms. Denn weshalb soll er dies nicht bleiben? Er bestätigt dieselben Tatsachen noch wie zuvor.

Es ist daher nicht angängig, daß der Gläubiger einen solchen autogrammatischen Schuldschein zurückbehält. So vor allem Endemann, Bd. 2, S. 546, Anm. 30: „Der autogrammatische Wert rechtfertigt es keineswegs, das rechtliche Schicksal von Schuld- und Beweisurkunde zu trennen. Es mag in solchen Fällen gewiß eine besondere Parteidisposition über die Schicksale einer solchen Urkunde bestimmen."

Eine zweite eigenartig gestaltete Sachlage ist dann gegeben, wenn etwa die Urkunde nicht wie gewöhnlich auf ein Stück Papier, sondern auf einen wertvollen Gegenstand des Schuldners oder eines Dritten, z. B. auf ein Marmortischchen, auf eine silberne Platte, auf die Rückseite eines wertvollen Aquarells oder sonstigen wertvollen Bildes gesetzt wird.

Sollen hier auch die Bestimmungen des § 952 Anwendung finden? Soll der Gläubiger Eigentümer des Marmortischchens, des Kunstwerkes usw. werden?

Um eine Schuldurkunde handelt es sich zweifellos. Das ist nicht bestritten. Logischerweise müßte nach § 952 der Gläubiger der Eigentümer werden.

Erwägen wir jedoch, daß einmal das Gesetz nur von Nor-

malfällen ausgeht, wo dem Gegenstand, auf den die Urkunde gesetzt wird, nur die Bedeutung eines wertlosen Stückes Papier zukommt, das Wertvolle, Schutzbedürftige nur in der Beweisurkunde zu erblicken ist, daß anderseits die eigenartig gestaltete Urkunde hier bereits vorher anderen Zwecken diente, so können wir nur zu dem gerechtfertigten Schluß gelangen, dem Gläubiger in diesem Falle ein Eigentumsrecht an der Urkunde zu versagen. Würde man anders entscheiden, dann könnte ein doloser Gläubiger seinen Schuldner oder einen Dritten um ein leichtes um einen wertvollen Gegenstand bringen.

Mit Recht führt Enneccerus-Kipp S. 201 aus: „Doch kann selbstverständlich die Urkunde den anderen Zwecken, denen sie bisher diente, nicht durch Niederschrift eines Schuldbekenntnisses entfremdet werden; niemand kann seinem Gläubiger dadurch, daß er auf die Rückseite einer Menzelschen Zeichnung einen Schuldschein setzt, das Eigentum daran verschaffen.“[1])

Bei dieser Sachlage steht also, wenn der Schuldner der bisherige Eigentümer war, dem Schuldner, sonst dem Dritten das volle Eigentumsrecht auch bei Begründung der Forderung zu, so daß beide ihre wertvollen Gegenstände vom Gläubiger vindizieren können.

Wie kommt aber der Gläubiger zu seiner doch ausgestellten Schuldurkunde?

Man wird hier nicht anstehen, dem Gläubiger nur das Recht zuzubilligen, eine Abschrift der Urkunde verlangen zu können, analog dem § 444 BGB. Nach § 444 ist der Käufer verpflichtet, die zum Beweise des Rechts dienenden Urkunden dem Käufer auszuliefern. Betrifft jedoch der Inhalt solcher Urkunden auch andere Angelegenheiten, so hat der Käufer nur das Recht auf Auszug. Man wird daher hier in einem ganz analog liegenden Falle dem Gläubiger das Recht auf Abschrift der Urkunde zusichern können.

Eine dritte abnorme Sachlage ist dann gegeben, wenn ein

[1]) In demselben Sinne Pöschel S. 21, auch Rauth, S. 34.

Dritter während des Bestehens des Forderungsrechts die Urkunde verarbeitet zu einem wertvollen Gegenstande.

Nehmen wir an, der Bruder des Gläubigers, ein berühmter Künstler, entwirft auf der Rückseite eines Schuldscheins, den er auf dem Schreibtische des Gläubigers findet, eine wertvolle Zeichnung, die mindestens einen Wert von 80—100 M. besitzt.

Wie steht es hier mit dem Eigentum an der Urkunde und dem Rückforderungsrecht des Schuldners?

Es können verschiedene Lösungen in Frage kommen.

Man sagt entweder, § 952 läßt als gesetzlicher Eigentumserwerbsgrund keinen anderen neben ihm aufkommen; der Gläubiger bleibt also der Eigentümer, oder § 950 dringt gegenüber dem § 952 durch, so daß der Verarbeiter Eigentümer wird.

Schließlich hat Pöschel S. 330 noch eine dritte Lösung, das konkurrierende Nebeneinanderbestehen beider Ansprüche, also Miteigentum, für möglich erklärt.

Um mit der dritten an sich denkbaren Konstruktion zu beginnen, so ist zu sagen, daß § 950, wie Pöschel auch hervorhebt, klare Verhältnisse schaffen will, daß es nur ein „Entweder—oder“ gibt, eine Miteigentumskonstruktion aber willkürlich und unpraktisch wäre.

Wenn man der ersten Lösung sich zuwenden wollte, und dem Gläubiger Eigentum an der Urkunde zubilligen wollte, da er ja bereits mit Begründung der Forderung Eigentum erlangt habe, so spricht doch vieles dagegen. § 952 hat nur den Regelfall der Ausstellung eines gewöhnlichen Schuldscheins im Auge. Wenn nun dem Schuldschein durch Aufzeichnung eines wertvollen Gemäldes ein neues Gepräge gegeben wird, so handelt es sich jetzt nicht mehr um einen gewöhnlichen Schuldschein. Außerdem weist Pöschel S. 34 mit Recht darauf hin, daß gerade die völlige Wertlosigkeit des normalen Schuldscheins gegenüber der hohen Bedeutung, welche dieser für den Gläubiger hat, zur Aufstellung des § 952 geführt hat; es liegt, so heißt es: „nicht in der Absicht dieser Vorschrift, um des Gläubigerinteresses am Schuldschein willen irgendein wirkliches beachtliches Interesse dritter Personen zu beschneiden.“

Wir müssen deshalb zu dem Resultat kommen, daß der Verarbeiter nach § 950 das Eigentum erwirbt.

Aber natürlich auch nur, wenn alle Vorschriften des § 950 erfüllt sind, d. h. wenn eine neue Sache hergestellt wird, die in ihrem Werte erheblich den Wert des Schuldscheins übersteigt.

Es wird also eine Abwägung des Forderungsbetrages — dieser ist doch schließlich der Vermögenswert des Schuldscheins — mit dem Werte des Gemäldes etc. den Ausschlag geben, ob der Gläubiger oder der Verarbeiter Eigentümer wird.

Eine andere Art der Konstruktion ist noch denkbar. Man könnte, um den Gefahren vorzubeugen, denen der Schuldner durch einen Mißbrauch des Schuldscheins seitens des verarbeitenden Dritten ausgesetzt ist, dem Gläubiger ein nur resolutiv bedingtes Eigentum gewähren, so daß der Gläubiger während des Bestehens der Forderung Eigentümer wird, das Eigentum aber ipso jure im Momente des Erlöschens der Forderung an den Dritten zurückfällt. Doch diese Lösung führt zu keinem befriedigenden Resultat. Denn wer bürgt dafür, daß der Dritte, der nach Tilgung der Schuld sich in Besitz des Schuldscheins gesetzt hat, nunmehr keinen Mißbrauch treibt?

Der Schuldner wird auch in diesem eben besprochenen Falle der Verarbeitung kein Rückforderungsrecht des im Eigentum des Dritten stehenden Schuldscheins haben.

Wohl aber ist auch hier, wie im vorhergehenden Falle, dem Gläubiger in Analogie mit § 444 BGB. ein Anspruch auf Erteilung einer öffentlich beglaubigten Abschrift zuzusprechen, die der Schuldner dann nach § 371 zurückfordern mag.

Schäden, die der Dritte dann herbeiführt, können nur nach § 826 BGB. geheilt werden.

Alle diese Fälle führen außerdem so recht den Wert des Anerkenntnisses vor Augen.

Macht der Schuldner hiervon zur rechten Zeit Gebrauch, so wird er sich vor Schaden immer bewahren.

Schluss.

Wir gingen bei Beginn davon aus, ob dem § 952, der dem Schutz des jeweiligen Gläubigers einer mit Schuldschein bekleideten Forderung dient, auch ein entsprechender Schutz des Schuldners gegenüberstehe.

Zwar gewährt § 371 nur einen obligatorischen Anspruch auf Rückgabe des Schuldscheins, aber dieser Anspruch ist voll ausreichend, um die Schuldnerinteressen zu wahren.

Diese Schuldnerinteressen bestanden aber nicht allein darin, den Schuldschein nur nach Tilgung der Schuld wieder zurückzubekommen, sondern vor allem darin, den Gefahren vorzubeugen, die durch mißbräuchliche Anwendung des immerhin als Indiz auch in der Hand eines Dritten eine wichtige Rolle spielenden Schuldscheins dem Schuldner erwachsen konnten.

Den Gefahren kann aber in wirksamer Weise nur vorgebeugt werden, wenn der Anspruch aus § 371 seine Grundlage nicht in der stattgehabten Erfüllung hat, sondern seinen Ursprung bereits aus dem zugrunde liegenden Schuldverhältnis herleitet.

Diese Konstruktion ergab sich aus mannigfaltigen Gründen, aus der Anerkennung eines Zurückbehaltungsrechts, einer Unmöglichkeit, die der Gläubiger zu vertreten hat, aus der Analogie mit dem Pfandrecht und der Rückgabe der Vollmachtsurkunde, aus der Einreihung des § 371 unter die Rubrik „Erfüllung“ und nicht zuletzt aus der ratio legis und den Grundsätzen von Treu und Glauben.

Ein Ausbau des § 371 zu einer actio in rem scripta war deshalb nicht nötig, weil allein zufolge richtiger Auslegung der dispositiven Natur des § 952 auch vom Dritten im Wege der Zwangsvollstreckung der Schuldschein zurückverlangt werden konnte.

Der Surrogatanspruch auf Anerkenntnisschein konnte seiner rein vorbeugenden Natur wegen den Anspruch auf nachträgliche Rückgabe und Schadenersatz nicht beeinträchtigen.

Wir haben also als Resultat der Erörterung gefunden, daß

den schutzwerten Interessen des Schuldners in genügender Weise gedient ist.

Schützt § 952 den jeweiligen Gläubiger durch eine absolute Eigentumsbeschränkung einerseits und gesetzlichen Erwerb des Eigentums im Momente des Entstehens der Forderung anderseits, so schützt § 371 die Schuldnerinteressen dadurch, daß dies Eigentum auch dem Schuldner gegenüber obligatorisch vinkuliert ist.

§ 371 ist ein volles Korrelat zu § 952.